

Humboldt-Universität zu Berlin

Doktorarbeit

LA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO

Erlangung des Doktorgrades

Juristische Fakultät

Dr. Luigi De Propris

Dekan: Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann

Gutachter/in: 1. Prof. Dr. Christoph Paulus

2. Prof. Dr. Claudio Consolo

3. Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann

4. Prof. Dr. Andrea Panzarola

Datum der Einreichung: 29.10.2017

Datum der Promotion: 30.11.2018

INDICE	Pag.
ABSTRACT	6
 LA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO	
CAPITOLO I: MATERIALI STORIOGRAFICI DELLA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO	
Sezione I: Successione nel diritto controverso nell'area tedesca	
1. Introduzione e panoramica. Il punto di partenza dell'indagine: i limiti alla disponibilità dei diritti litigiosi nel diritto romano	8
2. Il problema della recezione del divieto romanistico nel diritto comune tedesco	10
3. Il regime processuale della successione nel diritto controverso (laddove ammessa) nel processo di diritto comune	12
4. La disciplina della successione nel diritto controverso nella legislazione positiva dei <i>Länder</i> tedeschi	15
5. Verso la codificazione processuale unitaria tedesca	19
6. Il complessivo disegno della <i>Civilprozessordnung</i> del 1877 e della <i>Novelle</i> del 1898 (cenni alla <i>Cessionslehre</i>)	22
7. Le prime formulazioni della <i>Irrelevanztheorie</i> ...	24
8. ... e della <i>Relevanztheorie</i> .	27
9. Le ragioni di una polemica	29
10. <i>Prozessstandschaft</i> , la svolta nella giurisprudenza tedesca e la modifica funzionale dell'istituto	31
11. (segue)... e la sua incidenza sull'ambito di applicazione dell'istituto	34
12. L'interpretazione consolidata nella dottrina tedesca del § 265 ZPO	38
Sezione II: Successione nel diritto controverso nell'area franco-italiana	
13. La disciplina della successione nel diritto controverso nella Francia del XIX e XX secolo	41
14. La successione nel diritto controverso nel diritto italiano sotto il codice del 1865 secondo la dottrina esegetica	42
15. Il nuovo approccio all'istituto sotto l'influenza della scuola germanista	47
16. L'art. 111 del codice di procedura civile del 1940	51
17. Cenni al problema dell'ambito applicativo dell'art. 111 c.p.c.: la teoria delle <i>distinctiones</i>	55
18. Punti fermi della ricerca storica-comparata e nuove prospettive di indagine	58
 CAPITOLO II: IL REGIME “INTERNO” DELLA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO	

Sezione I: Introduzione

19. Il problema dell'approccio all'oggetto della ricerca	61
20. Una disciplina europea della successione nel diritto controverso(?)	65
21. Transizione e impostazione del proseguo della ricerca: il problema dei rapporti tra diritto e processo	69

Sezione II: Il contesto dogmatico

22. Le premesse teorico-sistematiche della civil-processualistica tedesca del XIX secolo: <i>Aktionenrechtliches Denken</i>	70
23. (Segue): <i>Materieller Parteibegriff</i> e <i>legitimatio ad causam</i>	74
24. La progressiva autonomia del diritto processuale civile in Germania: la distinzione tra <i>materieller</i> e <i>prozessualer Anspruch</i> .	76
25. (segue): <i>formeller Parteibegriff</i> , <i>Sachlegitimation</i> <i>Prozessfuehrungsbefugnis</i>	80
26. Gli sviluppi della dottrina sulla natura della cosa giudicata: la teoria sostanziale del giudicato e la sua incidenza sull'istituto della successione nel diritto controverso	83
27. (Segue) Il contestuale affermarsi teoria processuale del giudicato e della <i>Relevanztheorie</i>	86

Sezione III: *Actiones* e *res litigiosae*

28. Riepilogo e transizione	89
29. L'origine e gli sviluppi dogmatici nella dottrina tedesca del fenomeno della cessione delle <i>actiones litigiosae</i>	91
30. ...e delle <i>res litigiosae</i>	95
31. Considerazioni a margine del diverso trattamento riscontrato nella disciplina della successione nel diritto controverso in Francia e in Germania	97
32. Brevi considerazioni in tema di diritto soggettivo e di rapporto giuridico	99

Sezione IV: teoria della rilevanza e della irrilevanza

33. Prospettiva d'indagine	103
34. Gli elementi strutturali delle situazioni di vantaggio come criteri di riferimento del regime della successione nel diritto controverso	104
35. Implicazioni di carattere sistematico: <i>Relevanz-</i> e <i>Irrelevanztheorie</i> come mero riflesso della diversa natura della situazione di vantaggio coinvolte nel fenomeno della successione nel diritto controverso	108
36. La legittimità della proposta rilettura dell'alternativa tra <i>Relevanz-</i> e <i>Irrelevanztheorie</i>	110
37. La tenuta della <i>Relevanztheorie</i> nelle successione particolare nel credito	113
38. Ancora sulla <i>Relevanztheorie</i> : la divergenti applicazioni tra Germania e Italia e la relativa disciplina processuale	116
39. (segue): Modificazione della domanda e oggetto del giudizio	119
40. <i>Irrelevanztheorie</i> nei processi concernenti situazioni giuridiche	122

autodeterminate	
41. Profili applicativi: poteri delle parti, intervento ed estromissione del successore	124
42. La parabola disegnata dai Reflexwirkungen...	126
43. (segue)... e dall'efficacia riflessa (valore assoluto dell'accertamento relativo)	130
44. L'efficacia della sentenza nei confronti del successore ai sensi dell'art. 111, 4° comma, c.p.c.	133

CAPITOLO III: INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO E SUO AMBITO DI APPLICAZIONE

45. Riepilogo dei risultati ottenuti, transizione e direzione del proseguo dell'indagine	138
--	-----

Sezione I: Quadro di riferimento comparato e internazional-privatistico

46. Premessa e metodo di indagine: il principio di territorialità della <i>lex fori</i>	141
47. La cornice internazional-privatistica dell'istituto della successione nel diritto controverso: l'individuazione del diritto materiale applicabile alla cessione del credito e alla surrogazione	142
48. (Segue): il diritto materiale applicabile al trasferimento e alla costituzione dei diritti reali	145
49. Sistemi contrattuali e restitutori a confronto: <i>Trennungs-</i> e <i>Abstraktionsprinzip</i> , l' <i>abstrakter dinglicher Vertrag</i> e la sua incidenza sulle conseguenti azioni di restituzione (<i>Herausgabeanspruch</i>)	147
50. Principio consensualistico e causalità del trasferimento patrimoniale	151
51. Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione nell'ordinamento italiano	153
52. Strumenti di tutela a confronto: l'impugnativa contrattuale tra poteri formativi sostanziali e azioni costitutive; la politica legislativa liberale tedesca del XIX secolo	157
53. Risoluzione del caso prospettato: impugnativa di un contratto traslativo innanzi a un giudice tedesco e successione nel diritto controverso	161

Sezione II: L'individuazione del “diritto controverso” nel prisma dell'ordinamento e della tutela giurisdizionale

54. Le nozioni del diritto controverso elaborate dalla dottrina	165
55. L'incidenza del trasferimento del diritto controverso sul processo in corso: la teoria delle <i>distinctiones</i> . Critica	167
56. La proposta interpretativa che si formula: il “diritto controverso” quale formula sincopata del “diritto reso civilisticamente controverso dalla tutela invocata nel processo”	171
57. Considerazioni preliminari alla ricostruzione dell'istituto della successione nel diritto controverso come strumento volto ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti	172
58. La successione nella tutela (<i>Rechtsschutzgesuch</i>) che verrà apprestata in riferimento al diritto reso controverso: successione nell'azione	176

concreta del dante causa e garanzia del diritto di azione concreta della controparte	
59. La legittimazione ad agire nelle dinamiche applicative della successione nel diritto controverso	180
60. Inquadramento sistematico dell'art. 111 c.p.c. nell'ambito della nozione di legittimazione ad agire adottata: la deroga al litisconsorzio necessario	183
Sezione III: Casistica	
61. Successione costitutiva in pendenza di giudizio: in particolare il pegno e l'usufrutto del credito	187
62. Azioni di nullità e di impugnativa di contratto ad effetti reali: diverso trattamento nel caso di impugnativa di contratto con effetti meramente obbligatori	189
63. <i>Glaebiger-</i> e <i>Insolvenzanfechtung</i> e § 265 ZPO	191
64. Azioni revocatorie ordinarie e fallimentari e art. 111 c.p.c.	192
65. Il coordinamento tra il § 265 ZPO e la disciplina delle iscrizioni nel <i>Grundbuch: Vormerkung</i> e <i>Widerspruch</i>	194
66. (Segue): la scelta del legislatore storico tedesco di non prevedere la trascrizione delle domande giudiziali e gli sviluppi giurisprudenziali relativi al <i>Rechtshaengigkeitsvermerk</i>	198
67. Il coordinamento tra l'art. 111 c.p.c. e la trascrizione delle domanda ex art. 2932 c.c.	201
68. L'ambito di applicazione del § 266 ZPO e la successione nel diritto controverso	202
69. Successione nel diritto controverso e impugnativa di delibere societarie: il diritto vivente nell'ordinamento tedesco	204
70. (Segue) Il coordinamento tra l'art. 2378, 2° comma c.c. e l'art. 111 c.p.c.	207
Bibliografia	210

ABSTRACT

Das erste Kapitel dieser Dissertation befasst sich mit der historischen Entwicklung der Disziplin der Rechtsnachfolge in das streitbefangene Recht (§ 265 ZPO) vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart in Deutschland, Frankreich und Italien. Die Ergebnisse dieses Ansatzes offenbaren eine Konstante in der Anwendung der Disziplin: man hat immer danach unterschiedet, je nachdem ob es sich um die Übertragung eines dinglichen oder eines schuldrechtlichen Rechts während des Rechtsstreits handelt.

Ausgehend von dieser Prämisse wird im zweiten Kapitel der Versuch unternommen, zu zeigen, wie diese unterschiedliche Anwendungsweise aufgrund der Charakteristika der verschiedenen Rechtstypen auch heute noch notwendig ist nicht nur aus historischen, sondern auch aus wirtschaftlichen und rechtstheoretischen Gründen. Daraus lässt sich schließen, dass bei der Abtretung eines Guthabens im Laufe eines Prozesses die Relevanztheorie anzuwenden ist, während bei der Übertragung einer res litigious die Irrelevanztheorie anzuwenden ist. Darüber hinaus wird das international-privatistische Profil des Instituts untersucht, wobei die Herausbildung einer embryonalen Disziplin der Rechtsnachfolge im Europarecht durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, geprägt von den europäischen Regelungen des internationalen Privatprozessrechts, festgestellt wird.

Schließlich wird im dritten Kapitel die Frage nach des Anwendungsbereichs des Rechtsinstituts der Rechtsnachfolge in das streitbefangene Recht bzw. in den deutschen und italienischen Rechtsordnungen im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungen des Rechtsverkehrs in beiden Ländern behandelt. Abgesehen von den unbestreitbaren Unterschieden zwischen den Rechtssystemen lassen sich einige Analogien aufspüren, wie z.B. die innovative Anwendung des Rechtsinstituts bei der Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen im Falle der Übertragung des Geschäftsanteils oder der Aktien im Laufe des Prozesses.

The first chapter of this dissertation concerns the historical development of the discipline of the transfer of interest in the context of litigation from the 19th century to the present in Germany, France and Italy. The results of the study's comparative-historical approach show a fixed feature in how the transfer of interest after pendency is applied: it differs according to whether the transfer concerns a right in rem or a right of claim.

On the basis of that, the second chapter attempts to show how this different mode of application is still necessary today (for reasons which are not only historical, but also economic and related to general theory) due to the characteristics of the different types of rights. Accordingly, it is possible to conclude that in the case of assignment of a claim in the course of litigation the Relevanztheorie must be applied; whereas, in the case of transfer of a res litigious, the Irrelevanztheorie must be applied. In addition, the international-privatist profile of the transfer of interest after pendency is investigated. Concerning that, it has been acknowledged that the jurisprudence of the European Court of Justice created an embryonic discipline of succession in European law, coined on the basis of European regulations on international private procedural law.

Finally, the third chapter addresses the issue of the identification of the scope of application of the transfer after pendency in the German and Italian legal systems in view of the fact that the two countries have different rules for the circulation of rights. Besides the undeniable differences which exist between the two legal systems, it is possible to identify some similarities, such as the innovative application of the transfer of interest

during the annulment of a company resolution, in case of transfer of the shareholding during the litigation.

Il primo capitolo della tesi di dottorato si occupa dell'evoluzione storica della disciplina della successione nel diritto controverso a partire dal XIX secolo fino ad oggi tra Germania, Francia e Italia. I risultati di tale approccio storico-comparatistico evidenziano un dato costante delle modalità applicative dell'istituto della successione nel diritto controverso: queste ultime sono diverse a seconda che il trasferimento lite pendente riguardi un diritto reale o un diritto di credito.

A partire da tale premessa, nel secondo capitolo si cerca di dimostrare come tale diversa modalità applicativa si imponga ancora oggi (per ragioni non solo storiche, ma anche economiche e di teoria generale) in forza delle caratteristiche delle diverse tipologie di diritti. Sarà così possibile concludere che in caso di cessione del credito in corso di causa deve applicarsi la *Relevanztheorie*; mentre, in caso di trasferimento lite pendente di una res litigiosa, deve trovare applicazione la *Irrelevanztheorie*. Viene inoltre indagato il profilo internazional-privatistico dell'istituto della successione nel diritto controverso, rilevandosi la formazione, da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, di una embrionale disciplina della successione nel diritto europeo coniata a partire dai regolamenti europei in materia di diritto processuale privato internazionale.

Da ultimo, nel terzo capitolo, si affronterà il tema della individuazione del campo di applicazione dell'istituto della successione nel diritto controverso nei diversi ordinamenti tedesco e italiano in considerazione della diversa disciplina di circolazione dei diritti nei due paesi. Al di là delle innegabili differenze tra i due ordinamenti, sarà così possibile rintracciare alcune analogie, come l'applicazione innovativa dell'istituto nelle impugnative di delibere societarie (e condominiali), in caso di cessione della partecipazione sociale in corso di causa.

CAPITOLO I

MATERIALI STORIOGRAFICI DELLA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO

1. Introduzione e panoramica. Il punto di partenza dell'indagine: i limiti alla disponibilità dei diritti litigiosi nel diritto romano

Il presente capitolo si occuperà di offrire una panoramica storica della disciplina della successione nel diritto controverso per come questa si è invertea a partire dal XIX secolo nei singoli *Laender* tedeschi che componevano il frastagliato mosaico politico-istituzionale della Germania prima dell'unificazione, nonché negli ordinamenti francese ed italiano. Di quest'ultimo, in particolare, si prenderà in considerazione sia il trattamento processuale che i codici del 1865 (sostanziale e processuale), pur in assenza di disciplina espressa, lasciavano intravedere, sia la disciplina sancita dal codice di procedura civile attualmente vigente. Lo scopo principale sarà quello di fornire l'insieme dei materiali storiografici utili alla riflessione e alla analisi dell'istituto oggi disciplinato dai §§ 265 e 325 della *Zivilprozessordnung* tedesca (di seguito ZPO) e dall'art. 111 del codice di procedura civile italiano (in prosieguo c.p.c.)¹.

L'opportunità di far precedere alla ricostruzione sistematica² un'indagine schiettamente storica si giustifica per la necessità di individuare ed evidenziare alcuni punti fermi nella secolare linea di sviluppo della successione nel diritto controverso. Non v'è chi non veda come si tratti di un istituto che, per sua stessa natura, si colloca sul crinale dei rapporti tra la dottrina del processo e del diritto sostanziale, e come tale ne ha seguito le alterne e cangianti sorti nel corso di una secolare evoluzione. Il rischio che si cercherà in tal modo di evitare sarà quello di costruire un impianto di analisi sistematica della disciplina della successione nel diritto controverso influenzata e piegata ad istanze dogmatiche storicamente ed ideologicamente determinate e contingenti.

Lo scopo finale che ci si propone di perseguire è quello di offrire una soluzione razionale e praticabile del fenomeno della successione nei diritti allorché questi siano interessati – e si cercherà nel terzo capitolo di mettere a fuoco anche con quale intensità – da una vicenda giudiziale.

Come ampiamente noto, le ricostruzioni sistematiche del regime sotteso all'art. 111 c.p.c. e ai §§ 265-325 della ZPO che si sono succedute in progresso di tempo in Germania e in Italia fanno perno prevalentemente sulla nota diatriba tra le tesi della rilevanza e dell'irrelevanza, a seconda che si consideri la successione intervenuta in corso di causa rilevante ovvero del tutto irrilevante per il processo pendente.

Di qui, la necessità di indagare, in primo luogo, le ragioni storiche e la scaturigine dogmatica della lettura dell'istituto in esame informata all'antica antinomia tra le suddette teoriche nelle diverse e rispettive formulazioni in cui esse trovarono originaria espressione, per poi passare a chiedersi se tale alternativa conservi ancora oggi uno stabile fondamento, e quale.

In via preliminare, tuttavia, l'indagine trarrà giovamento dall'analisi delle fonti storiche in ordine alla controversa ammissibilità e al regime dell'alienazione delle *res* e delle *actiones litigiosae* nel diritto comune applicato nella Germania sino alla fine del XIX secolo, nonché nelle discipline particolari, materiali e processuali, di cui i singoli *Laender* tedeschi andavano via via dotandosi³. Infine si esaminerà il complessivo disegno tracciato dalla *Civilprozeßordnung* in materia di successione nel diritto controverso, anche alla luce dei lavori preparatori, seguendo l'alternò successo delle dottrine della *Relevanz* e della *Irrelevanz*, e di carpirne le intrinseche ragioni.

Di lì si allargherà il punto di osservazione allo studio degli ordinamenti francese e italiano, cercando di evidenziarne – soprattutto per quest'ultimo – le profonde influenze e, in progresso di

1 Con ciò si intende il regime processuale di un istituto il quale – nelle sue linee essenziali e al di là di singole divergenze nella disciplina positiva dei due paesi – prevede la possibilità che un processo pendente, una volta trasferito il “diritto controverso”, prosegua tra le parti originarie mettendo comunque capo ad una sentenza destinata a spiegare effetti anche nei confronti del successore.

2 Questa sarà compiuta nel secondo capitolo del presente lavoro.

3 Cfr. il § 4. Per l'osservazione per cui la comprensione della disciplina del § 265 ZPO (e del § 236 CPO) passi necessariamente per l'analisi delle contesto giuridico-culturale ad essi precedenti, si v. § 5

tempo, il passaggio sotto la sfera di influenza della dottrina tedesca nell'approccio all'istituto in esame.

Solo al termine della ricostruzione storica sarà possibile delineare alcuni punti fermi nell'indagine, e che costituiranno la base sulla quale procedere, in un secondo tempo, ad una ricerca sistematica.

Si è soliti, nell'introdurre il tema della successione nel diritto controverso, ricordarne la scaturigine romanistica, o meglio la soluzione approntata al problema dall'ordinamento romano di vietare qualunque atto di disposizione dei diritti per cui fosse pendente una controversia giudiziale. La verifica minuziosa di come tale principio si sia venuto concretamente ad affermare nella secolare esperienza storica romana porterebbe inevitabilmente a travalicare i limiti imposti all'economia del presente studio. Eppure non sembra del tutto senza interesse ripercorrere *in nuce*, senza scendere eccessivamente nel dettaglio dell'esame delle fonti ma basandosi sugli studi condotti in proposito dalla dottrina romanistica⁴, le tappe salienti della formazione di tale divieto. In tale ottica, la ricostruzione storica può – in questa sede, veramente – limitarsi all'essenziale.

La legge delle XII tavole sanciva unicamente il divieto di consacrare alla divinità il bene oggetto di controversia⁵. Un editto del divo Augusto (datato, approssimativamente, al 23 a.C.) vietava al solo attore non possessore di alienare il fondo italico rivendicato e comminava una pena pecuniaria di 50 sesterzi, oltre alla invalidità del trasferimento lite pendente⁶. Solo con la costituzione dell'imperatore Costantino del 331 d.C. si pervenne ad una generalizzazione del divieto di alienazione ad opera di ambedue le parti processuali, e – contestualmente – alla prima fissazione della regola secondo cui il giudizio sarebbe dovuto continuare tra le parti originarie (*tamquam si nihil factum ist, lite peragenda*)

Ancora diversa doveva essere invece la storia del divieto della cessione dei crediti litigiosi. Nel diritto classico, a ben vedere, la loro circolazione era per definizione esclusa: ad essa ostava non solo il principio romano della intrasmissibilità delle obbligazioni⁷, ma anche la funzionalità stessa della *litis contestatio* nel processo formulare, avendo questa l'effetto di consumare l'*actio* e di estinguere la *obligatio* sulla quale la prima si fondava⁸. Solo in progresso di tempo quando si iniziò ad ammettere la circolazione dei diritti di credito, e con l'affermazione della *cognitio extra ordinem* sul processo formulare, si è astrattamente potuto anche solo pensare alla possibilità di una cessione di un credito litigioso. E' poi opinione diffusa, ancorché controversa, quella per cui il divieto di alienazione della *res litigiosa* fosse già stata estesa ai crediti litigiosi da un editto degli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio nel 380 d.C.⁹

4 Sul punto si può far riferimento, in particolare, alla monografia di DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano*, Milano, 1967

5 Gajus, L. 3. D. de litigiosis (XLIV. 6)

6 Sul punto KOCH, *Die Lehre von dem Übergange der Forderungsrechte durch Universal- und Singularsuccession, oder von der Vererbung der Forderungen, von der Cession, Assignment und Novation (Delegation und Expromission)*, Breslau, 1837, 110: *Fr. vet. J. C. ti de jure fisci* § 8: “*qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam – comparavit, praeterquam quod emptio nullius momenti est*”. Più di recente, LAMMEYER, *Konflikt zwischen Zession und dem vom Zedenten erwirkten Urteil*, Baden-Baden, 2012, 184; ZIMMERMANN, AcP 35 (1852), 431, 433; ARNDT, *Die Veräußerung des Streitgegenstandes durch den Kläger mit besonderer Berücksichtigung der Reichs-Civilprozessordnung*, in *Gruchot* 22, 1878, 326.

7 ASTUTI, *Cessione (storia)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 805 ss., in part. 806

8 ARNDT, *Die Veräußerung cit.*, 322

9 L. 3. C. de litig. (VIII, 37). In questo senso già KOCH, *Die Lehre, cit.*, 109 s., secondo il quale l'estensione del divieto di alienazione ai crediti litigiosi sarebbe derivata dalla menzione di un “*ambiguum chirographum*”, per la prima volta ricompreso nel divieto. Nello stesso senso ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderung und dessen Umgestaltung im heutigen Rechte*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1852, 431 ss., 440, nonché MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte: nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt*, 3. Aufl., Greifswald, 1836, 383. In senso contrario, tuttavia, ARNDT, *Die Veräußerung cit.*, 322 s., che contesta la riconducibilità della nozione di “*ambiguum chirographum*” a quella di credito litigioso, e propende per posticipare l'estensione del divieto ai crediti litigiosi alla redazione giustiniana.

In ogni caso, nel 534 d.C. il divieto di alienazione delle cose e dei crediti litigiosi appariva espressamente sancito nel *Corpus Juris Civilis* sotto il titolo *De litigiosis*¹⁰

2. Il problema della recezione del divieto romanistico nel diritto comune tedesco

Al di là delle diversità nelle ricostruzioni storiche offerte dagli autori che si sono occupati del divieto romanistico, può assumersi come dato di partenza la convinzione, ampiamente diffusa e condivisa tra i giuristi tedeschi del XIX secolo, per cui nel diritto romano l'alienazione delle cose e dei crediti litigiosi sarebbe stata vietata, sanzionata da nullità assoluta ed accompagnata dall'irrogazione di pene pecuniarie; mentre il processo pendente sarebbe dovuto comunque proseguire tra le parti originarie¹¹.

Discussa era invece, e già a partire dai secoli XVII e XVIII, l'effettiva recezione di quel divieto nei territori tedeschi di diritto comune, nonché le conseguenze che alla sua violazione sarebbero conseguite, sia sul piano sostanziale che su quello processuale. L'unica certezza, che per oltre un secolo continua ad essere costantemente riferita dalle fonti, era quella per cui le pene, pur astrattamente previste, non sarebbero di fatto mai state irrogate¹².

La dottrina del XIX secolo suole, a tal proposito, accomunare le varie opinioni espresse dai diversi autori in tre correnti principali¹³. Le prime due – le più estreme – ritenevano, rispettivamente, che il divieto romanistico non avrebbe mai trovato ricezione¹⁴, ovvero che esso sarebbe stato del tutto operante, almeno fino alla definitiva abrogazione avvenuta per via legislativa solo con la *Civilprozessordnung*¹⁵. Secondo una terza soluzione mediana – che sembra avesse incontrato inizialmente il maggior numero di consensi – l'alienazione della *res litigiosa* sarebbe stata in generale lecita a meno che non fosse stata effettuata dall'attore con intento doloso (“*quando malitiose ad opprimendum adversarium fiat, non si bona fide*”) al solo fine di pregiudicare la controparte¹⁶.

10 L. 4. C. de litg. (VIII, 37): *Lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in conjunctam personam vel extraneam donationibus, vel eruptionibus, vel quibus aliis contractibus minime transferri ab eisdem actore liceat; tamquam si nihil factum est, lite nihilominus peragenda*

11 Di fatto, tutti gli autori che si interessano al tema dell'alienazione della *res litigiosa* nel diritto tedesco del XIX secolo sono soliti – in piena aderenza ai dettami della scuola storica del diritto – far precedere l'esposizione della disciplina positiva da più o meno brevi excursus storici sul divieto di alienazione romanistico. Tra i tanti si vedano SPANGENBERG, *Ueber das Verbot der Veraeusserung einer im Prozess befangenen Sache*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1826, 406 ss.; ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderung und dessen Umgestaltung im heutigen Rechte*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1852, 431 ss.; nonché in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1953, 49 ss.; SCHEELE, *Die res litigiosa nach Preussischem Rechte: Abhandlung*, in *Neues Archiv fuer preussisches Recht und Verfahren, sowie fuer deutsches Privatrecht*, 1848, 533 ss.; ARNDT, *Die Veräußerung cit.*, 323 ss.

12 In tal senso ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot, cit.*, II, 54

13 Tale comune ripartizione risulta ampiamente diffusa ed accolta tra le fonti citate alle note precedenti.

14 Si tratterebbe di una corrente di pensiero che avrebbe avuto origine in Olanda nel XVII secolo a partire da VOET, *Commentarius ad pandectas*, XLIV, tit. 6. § 3 (“*Moribus hodiernis res litigiosa sine metu poene et alienari et obligari et alio quocumque modo in alium transferri potest, salvo tertii jure, sicut lata in alienantem sententia contra rei litigioseae possessorem a reo causam habente, executioni dari possit sine nova lite*”) e di lì diffusasi in Germania per il tramite di HOMMEL, *Rhapsod. Nr. 360*, 683 vol. VII., 383, citato da ARNDT, *Die Veräußerung, cit.*, 326 e da ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot, cit.*, 1953, 56. Cfr. ancora KOCH, *Die Lehre, cit.*, 109 s.

15 Tra i tanti, si vedano MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession, cit.*, 383; SPANGENBERG, *Ueber das Verbot der Veraeusserung einer im Prozess befangenen Sache*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1826, 409; PUCHTA, *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig, 1851, 469 s.

16 Tale opinione poteva contare l'autorevole paternità di PUFENDORF, *Observationes juris universi, IV.*, Obs. 201, (da cui è tratto il passo riportato nel testo) e di LEYSER, *Meditationes ad Pandectas VII. Spec. 518*. Quest'ultimo, per giustificare l'inapplicabilità del divieto, partiva dalla constatazione dell'eccessiva lunghezza dei processi già nel XVIII secolo rispetto a quelli romani: “*Jure Romano lites brevi finiebantur, L. 13, §. 1 C. de Judicis. Itaque non difficile erat domino, finem litis de re aut jure suo motae expectare, atque tantisper alienationem ejus differre. At hodie, ubi judicia nonnunquam in aliud saeculum axtrahuntur, si dominus tamdiu alienandi facultatem non haberet, molestia maxima adficeretur et uno ex praecipuis dominii sui fructibus excideret*” (passo riportato in *Blaetter fuer Rechtsanwendung*, 1845, 177 ss., 178)

Non mancavano, poi, considerazioni differenziate da parte di alcuni autori, a seconda della tipologia della situazione di vantaggio che fosse stata oggetto del processo, ovvero del lato del rapporto processuale in cui si fosse verificata la successione. Così si sottolineava come – pur ritenendosi pienamente operante il divieto di alienazione romanistico – una simile misura fosse pienamente giustificata solo per la *res litigiosa*, ma non per la cessione delle *actiones litigiosae*, il cui trasferimento effettuato lite pendente non avrebbe apportato al debitore maggiori svantaggi di quanti non ne avrebbe determinati il trasferimento anteriore al processo¹⁷. Altri autori, ancora, avrebbero messo in dubbio che il divieto del trasferimento delle *actiones litigiosae* fosse ancora in vigore¹⁸.

Parallelamente, anche l'esame della coeva giurisprudenza non contribuisce a fare definitiva chiarezza su quel che poteva considerarsi il diritto vivente dell'epoca. Essa risulta infatti diametralmente divisa tra un orientamento che sostiene la ricezione piena del divieto – pur nella consapevolezza delle difficoltà che ciò comportava per la circolazione dei beni e dei valori mobiliari¹⁹ – e l'interpretazione mitigata, ispirata alla tutela della parte che non avesse dato luogo alla successione²⁰.

L'impressione che sembra emergere è che il tema dell'alienazione della *res litigiosa* abbia rappresentato il terreno ove si è consumato uno dei molti capitoli di quella cd. disputa sulla “ricezione del diritto romano”²¹ che caratterizzerà buona parte della discussione giuridica tedesca nel XIX secolo.

Quel conflitto non andrà del resto esente da una certa coloritura sociologica: i sostenitori della libera alienabilità dei diritti litigiosi sono per lo più giuristi “pratici”, o almeno così vengono designati con evidente sfumatura spregiativa²²; in ogni caso sono giuristi attivi nel mondo pratico del diritto, e più vicini alle esigenze della vita e del traffico giuridico. I loro contraddittori, invece, portano i nomi dei grandi cattedratici della pandettistica del XIX secolo, e sembrano indulgere

17 E' indicativo che tale presa di posizione venga effettuata proprio dal MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession*, cit., 383, considerato dalla letteratura successiva come uno dei più strenui assertori della ricezione del divieto romanistico (in tal senso DE BOOR, *Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff*, Leipzig, 1941, 40, n. 40). In essa può forse leggersi la piena consapevolezza della non rispondenza della disciplina tramandata dalle fonti alla realtà economica e sociale dell'Europa nella prima metà del XIX secolo. Nello stesso senso del testo anche WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, II, Stuttgart, 1842, 534, il quale afferma “*diese Litigiositaet der Klagen laesst sich zwar legislativ nicht vertheidigen*”, ma è costretto ad ammettere che “*gilt aber auch bei uns noch*”. Nello stesso senso SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, II, Das Obligationenrecht, Leipzig 1847, 814, nt. 42, secondo cui “*An einem Grunde zur Auehung des Verbots der Verausserung rerum litigiosarum auf Forderung fehlt es eigentlich. [...] Dennoch ist die Anwendbarkeit desselbe nicht zu bestreiten*”.

18 FECHT, *Civil-Prozeß-Ordnung des Königreichs Württemberg*, Bd. 2, Stuttgart, 1869, 17.

19 In questo senso *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Muenchen* del 27 novembre 1857, in *Seufferts Archiv*, 1959, 124 s., che riporta i rispettivi sostenitori delle contrastate tesi; *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden* del 4 ottobre 1853, in *Seufferts Archiv*, 1959, 126, che ha cura di riportare l'argomentazione della tesi contrastata, ammissiva della cessione del credito litigioso: la cessione sarebbe diventata efficace dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, e le oppone “*eine solche Konvaleszenz der rechtlich unwirksam geschehenen Cession weder in dem Gesetze [...] statuiert ist*”; *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Luebeck* del 30 novembre 1850, in *Seufferts Archiv*, 1952, 15 s., che dichiara applicabile il divieto anche se in concreto la cessione non è stata pregiudizievole per il convenuto; nonché *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Luebeck* del 31 maggio 1856, in *Seufferts Archiv*, 1957, 200 s., tutte pronunciate in materia di cessione del credito.

20 *Erkenntnis des Obertribunals zu Stuttgart* del 8/10 luglio 1862, in *Seufferts Archiv*, 1962, 368 s., con ricca bibliografia di fonti e di giurisprudenza; *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Kassel* del 8/10 luglio 1862, in *Seufferts Archiv*, 1951, 29; *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts des Koenigreichs Hannover* del 8 settembre 1826, citato da . Si confronti sul punto lo stato della giurisprudenza riportata da ARNDT, *Die Veräußerung* cit., 327 ss., che ha di poco preceduto l'abolizione per via legislativa del divieto . In materia di diritti reali si v. *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Luebeck* del 30 novembre 1850, in *Seufferts Archiv*, 1952, 12 s.

21 Cfr. PARESCHE, voce *Scuola storica del diritto*, in *Nvss. Dig.*, XVI, 823 ss., 827.

22 Indicativa di tale posizione l'evoluzione del pensiero di Spangenberg tracciata in due scritti redatti a poco tempo l'uno dall'altro. Mentre nel primo (*Ueber das Verbot*, cit., 408) l'A. riteneva quasi incomprensibile (*fast unbegreiflich*) che alcuni pratici tedeschi (*einige deutsche Practiker*) avessero potuto negare la vigenza del divieto romanistico, a soli tre anni di distanza lo stesso A. (*Die Verausserung einer im Prozess befangenen Sache in den hiesigen Landen als erlaubt anzusehen*, in *Hagemann's practische Eroerterungen*, Bd. 8.2, Hannover, 1829, 75 ss.), sposando la tesi avversa, affermava come fosse eclatante (*auffallend*) (*Rechtslehrer*)

eccessivamente nella fredda esegesi delle fonti romanistiche mirata all'asettica applicazione e conservazione del "diritto comune", chi più chi meno consapevole dell'antistoricità di quel divieto – indicativa, in proposito, è la aperta confessione del Muehlenbruch²³.

In ogni caso, qualunque fosse lo stato dell'arte in quell'epoca, la storiografia giuridica successiva cristallizzerà il giudizio secondo cui la scuola storica del diritto avrebbe dato un contributo determinante alla definizione dell'antico divieto di alienazione della *res litigiosa*, precisandone l'ambito e il meccanismo di operatività. In un contesto in cui la stessa prassi – che pur ne faceva applicazione – lo riteneva una disposizione di carattere eccezionale che non avrebbe dovuto trovare applicazione al di là del suo ambito proprio²⁴, la dottrina avrebbe tentato – in progresso di tempo – di decostruire lo stesso concetto di nullità connessa alla sua violazione: la cessione sarebbe dovuta essere efficace tra cedente e cessionario, ed inefficace solo nei confronti della controparte processuale²⁵.

Alla fine di tale sviluppo, il divieto di alienazione della *res litigiosa* – secondo la storiografia ufficiale – doveva conoscere una completa rielaborazione, venendo ricondotto al principio in forza del quale il trasferimento sarebbe stato inefficace solo sul piano del processo e che il successore sarebbe stato vincolato dalla sentenza²⁶. Di fatto e sotto un certo punto di vista, il *Veraeusserungsverbot* da disciplina eminentemente sostanziale si sarebbe convertita senza soluzioni di continuità in una disciplina processuale.

3. Il regime processuale della successione nel diritto controverso (laddove ammessa) nel processo di diritto comune

Particolare interesse, per la ricerca che si sta compiendo, assume in ogni caso il trattamento processuale che la dottrina dei "pratici" avrebbero inteso riservare alle ipotesi del lecito trasferimento del diritto litigioso. Le fonti sul punto appaiono piuttosto lacunose e contraddittorie. Può tuttavia ritenersi, con buona probabilità, che la disciplina applicabile sarebbe stata all'uopo

23 Indicativa, in proposito è la aperta confessione del Muehlenbruch. Cfr le note precedenti

24 Così *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Luebeck* del 30 novembre 1850, in *Seufferts Archiv*, 1952, 12 s. "Das gedachte Verbot, als eine Ausnahme von der Regel (...) und als einheitliches nicht einmal auf haltbaren Gründen beruhendes jus singulari ist überhaupt strikt auszulegen" dirà l'OAG di Lubeca il 30 novembre 1850 (Seuff A 5.13).

25 Tale risultato sarà raggiunto con tempistiche differenti da autore ad autore. Già negli anni cinquanta del XIX secolo scriveva ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., 1953, 57, in riferimento alla successione dal lato passivo del rapporto giuridico processuale: "*Die Lehre von dem Verbot der Veraeusserung der res litigiosa hat hiernach eine voellige Umgestaltung erfahren; sie ist auf den einfachen Satz zurueckgefuehrt worden, dass auch der Singularsukcessor an das gegen seinen Rechtsvorgaenger ergangene Erkenntnis gebunden ist, wenn er die Sache waehrend eines mit seinem Auktor anhaengigen Rechtsstreites erworben hat. Die Sache geht cum suo onere, welches ihr durch den anhaengigen Prozess auferlegt worden ist, ueber, und das rechtskraeftige Erkenntnis wird auf den Zeitpunkt des erhobenen Prozesses zurueckbezogen. Ebenso erlangt aber auch der Singularsukcessor gegen den Klaeger und dessen Rechtsnachfolger seit dem Prozesse die exceptio rei judicatae [...] Wird nun zugunsten des Klaegers rechtskraeftig entschieden, so kann er die Vollstreckung in die Sache selbst einerlei wer dieselbe besitzt, begehren*". Per contro la dottrina "colta" della pandettistica tedesca tarderà a raggiungere tale consapevolezza fin verso la conclusione del XIX secolo. Indicativo, a tale riguardo, delle difficoltà incontrate a staccarsi dal vincolo rappresentato dalle fonti romanistiche, appare l'evoluzione del pensiero di Windscheid. Nella prima edizione del suo *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., Düsseldorf, 1862, 307 s., l'A. riteneva ancora radicalmente nulla l'alienazione ("*so ist nichtig*"). A soli otto anni di distanza, nella terza edizione del suo manuale (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. Aufl., 1. Bd., Düsseldorf, 1870, 336 s., n. 5), lo studioso tedesco avvertiva (in nota!) come l'alienazione non fosse in alcun modo da considerarsi nulla ("*Jedenfalls die Veraeusserung durch den Klaeger ist also nicht nichtig*"). Solo con la sesta edizione del suo manuale (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., Düsseldorf, 1887, 408) avrebbe finalmente figurato nel testo – quando ormai la CPO era già entrata in vigore – l'insegnamento secondo cui "*Die trotz des Verbots geschehene Veraeusserung ist aber nach der richtigen Ansicht nicht nichtig, sondern nur fuer den Process unwirksam: derselbe kann fortgesetzt werden, als wenn sie nicht geschehen waere*". Certo è che, anche in tempi tardi, v'era chi continuava a predicare la nullità di tale alienazione: SCHROEDER, *Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten*, Heidelberg, 1875, 85.

26 Tale giudizio, che avrebbe voluto intessere un collegamento di evoluzione diretto tra divieto di alienazione dei diritti litigiosi e la successiva disciplina della *Civilprozessordnung*, sarebbe in seguito stato comune a molti autori tedeschi, soprattutto tra i fautori della *Irrelevanztheorie*. Una eco di simile associazione si rinviene, per l'Italia, in ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 167, quando scrive "Il divieto di alienazione della *res litigiosa*, operante in diritto romano (Gai IV, 117 a) non s'è, in realtà, mai spento. Si sarebbe tentati di dire ch'esso è solamente divenuto, da assoluto, relativo".

conciata sulla base del trattamento processuale riservato, nel processo di diritto comune, alle eccezioni apertamente ammesse dalle fonti romane al divieto di alienazione della *res litigiosa*²⁷, che – a sua volta – sarebbe stata costruita in analogia con le fattispecie di successione in *universum jus*²⁸.

Ebbene, in deroga a quest'ultima, si riteneva che in tali casi l'evento successorio non avrebbe comportato l'interruzione del giudizio²⁹, né l'automatico avvicendamento del successore al dante causa, ma il processo sarebbe proseguito con facoltà del successore di intervenire o di essere chiamato a parteciparvi, ed eventuale estromissione del dante causa³⁰.

L'ipotesi più semplice prevedeva che la parte alienante, una volta allegata nel processo la cessione, consentisse al successore di assumere la lite, eventualmente previa prestazione di cauzione; ciò che permetteva al processo di proseguire senza soluzione di continuità³¹. In caso contrario, a seguito dell'istanza di intervento o di chiamata in causa del successore – che avrebbe costituito una vera e propria *reassumptio litis*, in analogia proprio con i casi di successione universale – si sarebbe resa necessaria la prova della legittimazione all'intervento del terzo (della successione) e, in caso di contestazione, la questione sarebbe stata decisa dal giudice con sentenza incidentale (*Zwischenurteil*)³².

Superata positivamente tale fase, il successore sarebbe stato ammesso a proseguire il processo, nello stato in cui questo si trovava al momento dell'intervento, con tutte le facoltà e gli obblighi spettanti al proprio autore: avrebbe così risposto in prima persona delle eventuali spese

27 Si trattava delle ipotesi di costituzione di dote, donazione obnuziale, transazione, divisione ereditaria, legato e fedecommesso. L'elencazione si rinviene nelle fonti dell'epoca, cfr. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprozesses*, 3. Aufl., Leipzig, 1878, 45, n. 12; 46 s.; nonché MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession*, cit., 384; L. 13 D. fam. Erc. (10,2): "*Alienationes enim post iudicium acceptum interdictae sunt duntaxat voluntariae, non quae vetustiore causam et originem juris habent necessariam*". Le applicazioni concrete si trovano in l. 1, l. 4 §. 1 ("*exceptis videlicet huius sanctionis dispositione his, qui vel dotis nomine, vel ante nuptias donationis, vel transactionis, aut divisionis rerum hereditarium factae, vel per legati, vel per fideicommissi causam tales res, vel actiones dederint, vel acceperint*") C. de litig. (8, 37), nov. 112 c.1.

28 WETZELL, *System*, cit., 41 ss., tratta unitariamente la disciplina della partecipazione dei terzi al processo in ipotesi di successione (*Von der successorischen Theilnahme Dritter an einem anhaengigen Process – reassmutio litis*), le quali avrebbero nel complesso inervato una *translatio iudicii*: "*In die Processrolle einer Partei koennen Dritte sowohl durch Universal- als auch Singularsuccession eintreten (translatio iudicii)*". Ugualmente in SCHMID, *Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses*, II, Kiel, 1843, 112 ss., che ricomprende entrambe le fattispecie sotto il titolo "*Veraenderung der Parteienpersonen*".

29 L'interruzione del processo si sarebbe avuta nelle ipotesi di fallimento o del venir meno della parte (la sentenza emessa contro una parte venuta meno sarebbe stata nulla), il che avrebbe determinato l'insorgenza di un procedimento incidentale (*Zwischenverfahren*) per l'accertamento – anche in via sommaria – della qualità di erede. A tutte queste ipotesi, come a quelle di successione a titolo particolare – nella misura in cui fosse stato ritenuto ammissibile – sarebbe stata comune la necessità di un formale atto di impulso processuale (*reassmutio litis*) per permettere l'ingresso del curatore, dell'erede ovvero dell'acquirente nel rapporto processuale.

30 In questo senso WETZELL, *System*, cit., 45; ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., II, 65 s.; HARTTER, *Ueber im Streit befangener Sachen und Rechtsansprueche*, in *Lindes Zeitschrift fuer Civilrecht und Prozess*, 1855, 395 ss., 436, il quale critica la tesi secondo cui l'intervento del successore avrebbe condotto alla rottura dell'unità del processo o avrebbe pregiudicato la controparte. SCHMID, *Handbuch*, cit., 114 ss., riferisce che sarebbe stato consentito al successore dell'attore decidere se rinunciare al giudizio, nel qual caso non sarebbe stato tenuto a rifondere le spese processuali alla controparte.

31 WETZELL, *System*, cit., 43 s. "*Am einfachsten vollzieht sie (die Singularsuccession, n.d.a.) sich dadurch, dass fuer den Klaeger auf Grund eines mandatum in rem suam ein Cessionar, fuer den Beklagten unter Leistung der erforderlichen Caution ein defensor mit dem Antrag auf Zulassung im Process auftritt, also durch Uebertragung und durch Uebernahme der Parteirolle, und die hat in dieser Form, in der sie erst mit jenem Antrag perfect wird, das Besondere, dass sie den anhaengigen Process gar nicht ins Stocken garathen laesst, vielmehr dessen Reassumtion in sich schliesst, und somit fuer eine citatio ad reassumendum keinen Raum bietet*".

32 WETZELL, *System*, cit., 42, 45 s., sempre in analogia con le ipotesi di successione a titolo universale. Sul punto, anche in tempi più recenti, LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 190 s. Sulla necessità di una *reassumptio litis* concorda anche HARTTER, *Ueber im Streit befangener Sachen*, cit., 438, il quale ritiene perfino legittimo il ricorso alla *adcitatio* del successore, "*wenn sich ihr Interesse an den Geschickten des Processes aus den Akten zeigt*" (*op. cit.*, 437). In senso contrario SCHMID, *Handbuch*, cit., 116

processuali (salva facoltà di regresso) e la sentenza conclusiva del giudizio sarebbe stata emessa direttamente a suo nome³³.

Prima di procedere oltre nella ricostruzione storica, è necessario dar conto di un dato di particolare interesse, emergente con insistenza dalle fonti e destinato a contrassegnare anche in proseguo di tempo, le trattazioni in materia di successione nel diritto controverso.

Inizia, infatti, ad attestarsi sin dalla metà del XIX secolo una valutazione diversificata del fenomeno in esame, a seconda che questo si verifichi dal lato attivo ovvero dal lato passivo del rapporto processuale. Nel primo caso si parlerà, con varietà di nomenclatura, di “*Veraeusserung der im Prozesse befangenen Klage*”, ovvero della cessione dell’*actio litigiosa*; nel secondo propriamente di “*Veraeusserung der im Prozesse befangenen Sache*” ovvero dell’alienazione della *res litigiosa*

Che non si tratti di una mera ripartizione espositiva della materia emerge, in particolare, dalla considerazione differenziata della disciplina concretamente applicabile alle diverse ipotesi³⁴. Così, in ipotesi di cessione dell’*actio litigiosa* (la quale avrebbe potuto avere consistenza reale o meramente obbligatoria) veniva in rilievo, in dipendenza del trasferimento del diritto materiale, anche la successione nel rapporto processuale, e dunque in via primaria la possibilità (*rectius*: necessità) di intervento in causa del successore³⁵. Viceversa, nell’ipotesi in cui fosse stato il convenuto a trasferire a terzi la *res litigiosa*, l’accento doveva piuttosto cadere sulla necessità di assicurare l’efficacia della sentenza nei confronti del successore, mentre era indifferente (verrebbe voglia di dire “irrelevante”) che questi avesse partecipato al processo³⁶.

33 WETZELL, *System*, cit., 47: “*Wenn nun ein Antrag auf Zulassung im Prozess vom Successor oder auf Zuziehung des Successor vom Gegner unter Darlegung eines Successionsgrundes gestellt, und nach vorgaengiger Untersuchung fuer begruendet erkannt worden ist, tritt der Successor in das Verfahren mit allen Rechten und Pflichten des Vorgaengers ein, und muss deshalb auch [...] wegen der bereits erwachsenen Kosten im Verhaeltniss zum Gegner als erlassberechtigt und als ersatz-, sowie folgeweise cautionspflichtig betrachtet werden*”. Sulla rifusione delle spese processuali, in particolare, SCHMID, *Handbuch*, cit., 115, riferisce di discussioni in dottrina che vertevano sulla individuazione del soggetto, tra dante causa e successore, tenuto alla refusione alla controparte delle spese: si temeva infatti che queste non potessero essere fatte gravare né sul primo (in quanto oramai estromesso dal processo) né sul secondo (in quanto non avrebbe dato causa al giudizio). L’A. suggerisce in proposito diverse soluzioni, non tutte perfettamente coerenti tra loro: imporre al dante causa prima dell’estromissione di sobbarcarsi – almeno in parte – l’obbligo di rifondere le spese; assoggettare comunque il dante causa, ancorché estromesso, agli effetti della emananda sentenza; imporre le spese unicamente in capo al successore. Come si vedrà, quella di garantire alla controparte la refusione delle spese processuali costituirà una preoccupazione costante anche in seguito, e ad essa verranno ispirate scelte regolamentari adottate nella futura legislazione tedesca, non da ultimo quella adottata nella Civilprozessordnung

34 Pone particolare enfasi nel mettere in guardia dal non confondere i due fenomeni WÄCHTER, *Handbuch*, cit., 528 e 534, in particolare n. 58: “*Nur darf man diese Litigiositaet der Klage [...] nicht verwechseln mit der Litigiositaet der Sache*”. Nello stesso senso, tutte le principali fonti dell’epoca distingueranno, almeno concettualmente, tra Litigiositaet der actio (Klage) und res (Sache): cfr. WETZELL, *System*, cit., 45 s.; ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., II, 54 ss., 65 s. Lo stesso faranno i lavori preparatori e i testi definitivi dei futuri progetti di riforma delle ordinanze processuali dei Länder tedeschi, anche laddove la distinzione non troverà riscontro a livello di disciplina positiva. Si veda, ad esempio, NORDDEUTSCHER BUND, Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, (1868-70). *Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes*: sitzung 1-390, Berlin, 1868-1870, 562.

35 Estremamente chiare sono le osservazioni di WETZELL, *System*, cit., 45, ove si dice che questa forma di successione (quella intervenuta ad opera dell’attore) “*ist freilich nicht selbst schon eine Succession in das Processverhaeltniss, aber sie involviert eine solche, da sie, wenn vor der Litis Contestatio erfolgt, mit dem verletzten Recht auch die aus demselben entsprungene Klage uebertragen haben wuerde, und folgeweise nach der Litis Contestation [...] denselben Effect bezueglich des an die Stelle des Klagrechts (actio) getretenen Processverhaeltnisses (judicium) aeussern muss*”.

36 WETZELL, *System*, cit., 45, il quale – proseguendo il discorso riportato alla nota precedente – afferma: “*Dass ein Gleiches nicht auch von der Succession in das die Verklagtenqualitaet begruendende factische Verhaeltniss gilt, hat seinen besonderen Grund [...] der verklagte Besitzer, wenn er mit Wissen und Willen (dolo) den Besitz aufgibt, so angesehen wird, als fahre er fort zu besitzen. Die uebertragung des Besitzes kann daher die Succession in die Processrolle des Verklagten nicht nach sich ziehen, und dies will sagen, dass der Successor, wenschon ihm unverwehrt ist, als defensor fuer seinen Vorgaenger einzutreten, doch der citatio ad reassumendum nicht unterliegt*”. Ancora ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., II, 65 s.: “*Das roemisches Recht ist heutzutage in der Weise umgewandelt, dass der, welcher waehrend eines Prozesses, von Mittheilung der Klage an den Beklagten an, die mit einer dinglichen, oder possessorischen, oder Theilungsklage oder mit einer actio in rem scripta in Anspruch genommene Sache von dem*

Nel corso del presente capitolo ci si limiterà a segnalare e a prendere nota del ricorrere del fenomeno; solo in un momento successivo (secondo capitolo) si tenterà di offrirne una spiegazione.

4. La disciplina della successione nel diritto controverso nella legislazione positiva dei *Länder* tedeschi

Prima della lunga gestazione e dell'entrata in vigore della *Civilprozeßordnung* nel 1877, alcuni dei *Länder* che componevano la variegata costellazione dei paesi di madrelingua germanica – e che in seguito sarebbero entrati a far parte nel 1871 del *Reich* tedesco – avevano già provveduto a dotarsi di una disciplina della successione nel diritto controverso sganciata dall'ingombrante fardello del *Veräußerungsverbot* di matrice romanistica³⁷.

Tra di esse, la *Civilprozeßordnung* del Württemberg del 1868, nei suoi §§ 300³⁸ e 327³⁹, conteneva la disciplina più esaustiva della successione nel diritto controverso, e distingueva anch'essa visibilmente l'ipotesi di cessione dal lato attivo ovvero da quello passivo. Sancita una volta per tutte la libera alienabilità delle *actiones* e delle *res litigiosae*, si prevedeva che il successore a titolo particolare – indipendentemente dal fatto che avesse acquistato il diritto *ex latere actoris* o *rei* – sarebbe stato tenuto, solo⁴⁰ su richiesta della controparte, ad assumere la lite nello stato in cui si trovava al momento dell'intervento, e ciò anche nel caso in cui fossero formulate domande riconvenzionali per le quali continuava ad essere legittimato il solo dante causa.

Particolarmente significativa si dimostra la previsione contenuta nel 4. *Abschnitt* del § 327 e riferita ai soli atti di disposizione posti in essere dopo la pendenza della lite da parte del convenuto, dunque in riferimento alla disciplina della *res litigiosa*: questi ultimi sarebbero stati ritenuti, almeno relativamente all'attore, come se fossero stati compiuti dopo il passaggio in giudicato della sentenza. Il ché sarebbe stato interpretato come una retrodatazione degli effetti della sentenza favorevole all'attore al momento della proposizione della domanda⁴¹.

Beklagten auf irgend eine Weise erwirkt, ganz an die Stelle des urspruenglichen Beklagten tritt, also an die Rechtskraft des gegen Diesen ergangenen Urtheiles gebunden ist, ebenso wie ihm daraus die exceptio rei judicatae erworben wird, dass sofort ohne neuen Prozess, die Execution gegen ihn eingeleitet werden kann und ihm nur die ueberhaupt in der Executionsinstanz zulaessigen Einrede noch zustehen, einerlei uebrigens, ob er vom del Prozesse Kenntniss hatte oder nicht"

37 Come si vedrà, tuttavia, in alcuni casi il breve periodo di vigenza della relativa disciplina non permetterà di rintracciarne una prassi applicativa.

38 Il testo dei paragrafi citati si trova riportato in FECHT, *Civil-Prozeß-Ordnung des Königreichs Württemberg*, Bd. 2, Stuttgart, 1869, 17, nonché in LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 192 s. Se ne riporta in nota il tenore letterale: "Art. 300) Unter den naeheren Bestimmungen des Art. 327 muss derjenige, welcher nach eingetretener Rechtshaengigkeit Einzelrechtsnachfolger einer Partei bezueglich des Streitgegenstand oder des eingeklagten Anspruchs geworden ist, auf Verlangen der Gegenpartei den von seinem Vormann begonnenen Rechtsstreit fortsetzen, falls er nicht den Anspruch des Gegners anerkennen will. Waehlt er das letztere, so haftet er fuer die Prozesskosten nicht. Setzt er den rechtsstreit fort, so muss er unbeschadet des Ruckgriffs an den Vormann fuer dessen Prozesskosten eintreten. In Faellen dieses Artikels finden die Bestimmung des Art. 299 sinnhemaesse Anwendung". L'art. 299, da ultimo richiamato, disciplinava la chiamata in causa dell'erede.

39 "Art. 327) 1. Das Verbot der Veraeusserung im Streit liegender Forderung oder Sachen ist aufgehoben. 2. Der Klaeger ist nicht gehindert, den eingeklagten Anspruch einem Dritten abzutreten, jeder Rechtsnachfolger des Klaegers nach eingetretenen Rechtshaengigkeit ist jedoch verbunden, den Rechtsstreit einschliesslich einer etwa gegen den Klaeger erhobenen Widerklage in der Lage, in welcher er sich befindet, aufzunehmen (Art. 300). 3. Der Beklagte ist durch die Rechtshaengigkeit nicht gehindert, den Streitgegenstand zu veraeussern. Im Falle einer gegen den Besitzer der Sache als solchen gerichteten Klage ist jedoch derjenige, welcher nach eingetretener Rechtshaengigkeit Einzelrechtsnachfolger des Beklagten wird, verbunden, den Rechtsstreit in seiner dermaligen Lage aufzunehmen. 4. Jede Veruegung, welche der Beklagte nach eingetretener Rechtshaengigkeit ueber den streitigen Gegenstand zu Gunsten eines Dritten getroffen hat, wird ruecksichtlich des Klaegers und gegen den Dritten einer erst nach rechtskraeftigem Urteil vorgenommen Veruegung gleich geachtet. 5. Die Bestimmung des Abs. 3 und 4 dieses Artikels findet nicht statt, wenn und soweit der Rechtsnachfolger des Beklagten gegen die Ansprueche Dritter nach besonderer Bestimmung der Civilgesetzte gesichert ist". "

40 Si tratta di una precisazione contenuta nei soli lavori preparatori; cfr. FECHT, *Civil-Prozeß-Ordnung des Königreichs Württemberg*, Bd. 1, Stuttgart, 1868, 412: "der Singularsuccessor seinerseits kein Recht hat, in den Rechtsstreit einzutreten, sondern zum Eintritt nur auf Verlangen der Gegenpartei verpflichtet ist".

41 FECHT, *Civil-Prozeß-Ordnung*, cit., 22: "das kuenftige dem Klaeger guenstige Urtheil auf die Zeit der eingetretenen Rechtshaengigkeit zurueckgezogen wird".

Al contrario, per quanto riguarda la successione dal lato attivo del rapporto processuale, dai lavori preparatori emerge la preoccupazione che la posizione del debitore non venisse aggravata a seguito della cessione del credito da parte dell'attore. Lo strumento a tal fine predisposto sarebbe stata la possibilità del debitore stesso di pretendere l'assunzione della lite da parte del cessionario una volta venuto a conoscenza della cessione. Al contrario, nell'ipotesi in cui non avesse avuto notizia della cessione e dunque non fosse stato in grado di chiamare in causa il cessionario, sarebbero stati – sempre secondo i lavori preparatori – gli stessi principi di diritto civile (*civilrechtlichen Grundsätzen*) a tutelarli, in quanto la successione sarebbe stata nei confronti inefficace e la sentenza che lo avesse condannato a pagare al cedente sarebbe stata opponibile anche nei confronti del cessionario⁴².

La *Prozeßordnung* bavarese del 1869 – ai §§ 294 e 493 – escludeva in primo luogo che la cessione della cosa controversa determinasse l'interruzione del processo. Era consentito al successore dispiegare intervento in causa e, in tal caso, l'avente causa poteva essere estromesso con il consenso della controparte ovvero se il giudice avesse ritenuto che quest'ultima non avesse alcun interesse alla permanenza del primo in causa; in ogni caso l'emananda sentenza avrebbe spiegato effetti anche nei confronti del successore⁴³.

Tuttavia, la disciplina autoctona più risalente della successione nel diritto controverso, tra le fonti legislative di matrice tedesca anteriori all'unificazione, ed anche la più importante per il presente studio, visto che – come si vedrà – ha costituito il modello da cui il legislatore tedesco unitario avrebbe tratto la disciplina poi codificata nel § 236 CPO, era senz'altro costituita da quella contenuta nell'ordinamento prussiano.

Quest'ultimo contemplava una disciplina ripartita tra il codice di diritto sostanziale, l'*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR) del 1794⁴⁴, e il codice di diritto processuale, l'*Allgemeine Gerichtsordnung* (AGO) del 1816. Il primo, ai §§ 383 e 384 ALR, prevedeva – rispettivamente – la cedibilità delle cose controverse (lett. "*rechtshängiger Sachen*") ed il principio secondo cui il processo non avrebbe dovuto subire modificazioni per effetto della cessione, sia in riferimento alla competenza che al suo stato ("*Lage des Prozesses*")⁴⁵.

Dal canto suo, l'AGO al § 48 lett. c), stabiliva che il possessore della cosa litigiosa (lett. "*die in Anspruch genommene Sache*") non potesse effettuare alcun atto di disposizione, materiale o giuridico, della cosa che potesse risultare a danno della controparte, una volta che questa fosse risultata vittoriosa; al divieto seguiva la comminatoria per la parte inadempiente dell'obbligo del

42 SCHUBERT, *Die Civilprozessordnung fuer das Koenigreich Wuertemberg von 1868*, II, Stockstadt am Main, 1997, 123: "*Der Beklagte kann nur verlangen, dass seine Lage durch Abtretung nicht verschlimmert werde. Dies erreicht er durch die Befugniss, die Uebernahme des Prozesses Seitens des Cessionars zu erzwingern, so dass er nach gewonnenen Prozess gegen den Cedente [Zessionar] einem neuen Rechtsstreite Seitens des Cessionars nicht mehr ausgesetzt ist. Waere er, weil unbekannt mit der Cession, die Reassumption zu verlangen nicht in der Lage gewesen, so waere nach civilrechtlichen Grundsätzen insolange auch die Cession ihm gegenueber wirkungslos geblieben und der Cessionar muesste die Prozessfuehrung des Cedenten gegen sich gelten lassen*"

43 Chiudeva il § 493 una particolare disposizione sulle spese del processo a salvaguardia della controparte con cui si prevedeva che per i costi maturati fino all'intervento rispondevano in solido dante causa e successore (salva la possibilità di rivalsa di quest'ultimo contro il primo), mentre per le spese maturate successive si prescriveva una responsabilità cumulativa della parte originaria in caso di incapienza dell'avente causa. Il testo dei §§ è riportato da LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 196 s. e qui di seguito trascritto:

44 Come noto l'ALR aveva trovato applicazione soltanto nelle antiche terre del regno di Prussia, dove restò in vigore fino all'entrata in vigore del BGB nel 1900; ma non riuscì ad andare oltre tali confini spazio-temporali.

45 Il § 383 ALR prevedeva testualmente che "*auch die Abtretung schon rechtshängiger Sachen ist erlaubt*", mentre il § 384 ALR stabiliva che "*durch die Cession einer rechtshängigen Sache wird weder in Ansehung des Gerichtsstandes, noch der Lage des Prozesses selbst etwas geändert*". In riferimento alla nozione di "*Lage des Prozesses*" (stato del processo), KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, 4. Aufl., Berlin, 1862, 824 ss., in part. 825, rilevava come con essa dovesse essere intesa non soltanto la fattispecie in considerazione dell'oggetto del processo, ma anche il rapporto personale delle parti tra di loro così come esso era stato fondato dalla litispendenza, in considerazione all'obbligo di adempimento della sentenza, dei danni processuali e dei costi. Il processo veniva infatti configurato come un negozio giuridico dal quale sorgono obblighi reciproci per entrambe le parti. Perciò l'attore non avrebbe potuto per il tramite di un'arbitraria cessione sottrarsene: egli rimane la vera controparte del convenuto, ancorché questi non potesse impedire la cessione.

risarcimento dei danni arrecati⁴⁶. Chiudeva la complessiva disciplina della successione nel diritto controverso il § 9 dell'AGO, il quale stabiliva che il successore a titolo particolare in corso di giudizio sarebbe stato comunque soggetto agli effetti dell'emananda sentenza anche nel caso di suo mancato intervento⁴⁷.

La dottrina e la giurisprudenza dell'epoca coglievano la latente contraddittorietà insita nella disciplina collocata a cavallo dei due codici⁴⁸: infatti, mentre l'ALR sembrava ammettere incondizionatamente la cessione delle cose litigiose, dall'altra l'ordinanza processuale, continuava a considerarla come un fatto illecito, suscettibile di costituire fonte di responsabilità e di risarcimento del danno. Si noti che i testi legislativi citati non avrebbero neanche permesso una interpretazione letterale divergente, dato che entrambi facevano comune riferimento alla stessa realtà oggettuale: una "cosa" ("Sache").

Tuttavia, quella contraddittorietà risultava solo apparente agli occhi degli interpreti, perché – di fatto – veniva stemperata dalla prassi interpretativa che se ne dava.

Infatti era opinione diffusa, se non indiscussa, che il § 48 lett. c) AGO avrebbe trovato applicazione ai soli trasferimenti compiuti dal convenuto, dunque dal lato passivo del rapporto processuale, ed aventi segnatamente ad oggetto una "cosa" litigiosa di cui fosse possibile il possesso; mentre i §§ 383 e 384 avrebbero fatto riferimento alla cessione compiuta ad opera dell'attore⁴⁹.

Così, ad esempio, qualora il convenuto avesse alienato ad un terzo la cosa rivendicata dall'attore, il trasferimento sarebbe stato del tutto influente sul processo, che sarebbe proseguito tra le parti originarie mettendo capo ad una sentenza efficace anche contro il successore, risparmiando all'attore vittorioso la necessità di instaurare un secondo processo⁵⁰.

46 Il § 48 lit. c) AGO recitava testualmente "*Wird die in Anspruch genommene Sache dabei (durch eine gehoerig insinuirte Citation) streitig (res litigiosa) und ihr Besitzer darf damit keine Veraenderung vornehmen, wodurch dem Gegner, wenn er den angefangenen Prozess gewaenne, ein Nachteil erwachsen koennte. Hieraus folgt, dass eine solche streitige Sache nicht vernichtet, veraeusert, abhanden gebracht oder durch uebermaessigen Gebrauch oder vernachlaessige Aussicht verschlimmert werden duerfe, widrigenfalls derjenige, welcher sie zur Zeit der insinuirten Citation besass, den Gegner, wenn derselbe ein obsieglicches Urtheil erhaelt, vollstaendig entschae'digen und den Werth der Sache oder die entstandene Verschlimmerung nach der Zeit der insinuirten Citation vergueten muss*".

47 Ai sensi del § 9 AGO "*Wenn jemand einen Streit befangenen Gegenstand erst nach der Zeit, da dem bisherigen Inhaber die gerichtliche Verladung zugestellt ist, durch Kauf, Tausch, Cession, Schenkung oder auf andere Art erhalten hat, so muss er sich demjenigen unterwerfen, was darueber in dem rechthaengigen Prozesse entschieden wird, wenn er auch bei diesem Prozesse nicht zugezogen werden ist. (A.L.R. Thl. I. Tit. XI. §. 383. 384.)*"

48 KOCH, *Die Lehre*, cit., 111 s.: "*Man hat dem § 48 der AGO den Vorwurf gemacht, dass er die Bestimmung des ALR § 383 widerspreche, welche die Ges. Revis. In sofern fuer gegruendet erklaert, als die Fassung der Stelle genau genommen unrichtig sei*"

49 KOCH, *Die Lehre von dem Übergange*, cit, 113: "*Der § 48 spricht von dem Fall, wenn der Beklagte den Besitz der Sache, um welche er in Anspruch genommen ist, aufgibt; der § 383 aber von dem davon ganz verschiedenen Fall, wenn der Klaeger seinen Anspruch cediert*". L'interpretazione restrittiva del riferimento, contenuto nel § 48 lett. c) dell'AGO, all'alienazione di una cosa – *eine Sache* – per identificare l'ambito applicativo della disposizione in commento si rinviene proprio a partire dalle fonti dell'epoca. Così KOCH, *Die Lehre von dem Übergange*, cit, 113, che sottolineava come la citata disposizione facesse riferimento alla cessione da parte del convenuto del possesso della cosa ("*der Beklagte den Besitz der Sache aufgibt*"). Particolarmente illuminante si dimostra un passaggio di SCHEELE, *Die res litigiosa nach Preussischem Rechte: Abhandlung*, in *Neues Archiv fuer preussisches Recht und Verfahren, sowie fuer deutsches Privatrecht*, 1848, 533 ss., 535 s., secondo il quale – dopo aver osservato come la parola *Sache* potesse essere interpretata con diversi significati più o meno ampi, tanto da potervi ricomprendere l'oggetto di qualunque diritto od obbligo (e dunque anche una prestazione del debitore) – il riferimento operato dalla menzionata norma al "possessore della cosa" portava a ritenere che il § 48 lett. c) AGO trovasse applicazione solo per quei diritti sulle cose per le quali fosse concepibile un possesso ("*so koennen unter dem Ausdruck: Sache, solche Rechte nicht verstanden werden, an denen kein Besitz gedacht werden kann*"). Anche la letteratura successiva concorderà sulla medesima interpretazione del § 48 lett. c) AGO, limitata all'alienazione della sola cosa litigiosa: si v. FOERSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, 3. Aufl., 1873, 644, n. 110; WEIDLICH, *Die Veräußerung des rechtshängigen Anspruchs und der streitbefangenen Sache*, in *Beitraege zur Erlaeuterung des deutschen Rechts*, 1901, 277 ss, 281; nonché LEO, *Die Wirkung einer Änderung der materiellen Rechtslage während des Zivilprozesses*, Hamburg, 1919, 110. Di recente sul punto anche LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 197 ss.

Al contrario, i §§ 383 e 384 ALR avrebbero invece disciplinato il solo trasferimento del diritto controverso compiuto *ex latere actoris*, inverando di conseguenza un'ipotesi di successione dal lato attivo del rapporto processuale. Relativamente alla natura della situazione giuridica sostanziale trasferita in corso di giudizio, le fonti fanno genericamente riferimento all'azione ("Klage") o alla pretesa ("Anspruch") dell'attore, dando dunque ad intendere che la stessa avrebbe potuto avere carattere meramente obbligatorio ovvero reale⁵¹.

In caso di successione dal lato attivo del rapporto processuale, dunque, la prassi applicativa prussiana avrebbe contemplato un avvicendamento (*Parteiwechsel*) del successore al proprio dante causa, attraverso l'intervento del primo e l'estromissione del secondo, salva – in riferimento a quest'ultima – una contraria volontà della controparte⁵².

Il dato saliente che emerge dalle fonti risiede nella circostanza che per tutto il XIX secolo la successione nel diritto controverso, al di là delle singole e minute differenze di disciplina, avrebbe avuto tendenzialmente una considerazione differenziata a seconda se a trasferire il diritto fosse stato l'attore o il convenuto. Nel primo caso, l'attenzione primaria viene portata alla necessità di rendere possibile l'intervento in causa del successore⁵³, fornendo nel contesto le più ampie garanzie al convenuto perché la sua situazione processuale non ne fosse pregiudicata. In caso di successione dal lato passivo, invece, la preoccupazione maggiore risiede nel legittimare l'attore vittorioso a porre in esecuzione la sentenza anche nei confronti dell'avente causa dal convenuto.

L'incontro e la sintesi di tali differenti istanze porta, in alcuni casi, ad adottare soluzioni processuali pressoché omogenee in entrambe le ipotesi, strutturate sulla triade: prosecuzione del processo, intervento, estensione del giudicato al successore. In altri casi, la diversità di trattamento è più evidente, e in ogni caso risulta apertamente confessata dagli interpreti.

Quello che si è sin qui tracciato rappresenta il quadro di insieme della disciplina della successione nel diritto controverso nell'intricato mosaico costituito delle discipline processuali vigenti nelle diverse regioni in cui era ripartita la Germania del XIX secolo. Su tale sfondo sarebbe venuta ad incidere l'entrata in vigore della *Civilprozessordnung*⁵⁴

50 In questo senso, tra le fonti dell'epoca, si v. KOCH, *Die Lehre von dem Übergange*, cit., 113 s: che concilia la disposizione del § 48 lett. c) dell'AGO con il divieto di alienazione della *res litigiosa*, secondo l'A. ancora vigente nel diritto prussiano solo dal lato passivo del rapporto processuale: "Denn es ist in der Stelle nur von der Wirkungen die Rede, welche die Veräußerung in Beziehung auf den Beklagten hat. Wenn dieser den Werth und dass Interesse ersetzen soll, so kann die Voraussetzung keine andere sein, als ein eunerlaubtes Begehen. Die Bestimmung faengt also ganz richtig mit dem Verbot der Veräußerung an. Ueber die Folgen der dennoch geschehenen Veräußerung kann kein Zweifel entstehen, da sie klar ausgedrueckt sind. [...] dass der Dritte ohne neuen Prozess die Sache herausgeben solle. Verlangt er wegen seiner bona fides Erstattung seiner Auslagen: so kann ihm das rechtliche Gehör nicht versagt werden; der Gegenstand dieses Prozesses ist aber lediglich die Frage: ob und wieviel der Possessor gegen Herausgabe der Sache erstatten verlangen koennen". Nello stesso senso tra le fonti successive: LEO, *Die Wirkung*, cit., 110; LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 199.

51 Ciò emerge in particolare da KOCH, *Die Lehre von dem Übergange*, cit., 115, che parla indistintamente della "Cession der Klage, d. h. des Anspruchs des Klaegers", e distingue il momento iniziale in cui si sarebbe dovuto considerare pendente il processo a seconda del carattere reale (nel qual caso si sarebbe dovuto far riferimento alla *Insinuation*) ovvero personale (ed allora il processo sarebbe stato considerato pendente solo con la *litis contestatio*) dell'azione esercitata.

52 Tale interpretazione può ritenersi ampiamente documentata sia dalla fonti del tempo che da quelle successive: si veda in particolare KOCH, *Die Lehre von dem Übergange*, cit., 113, per il quale la necessità del consenso della controparte all'estromissione dell'attore originario sarebbe stata necessaria per non privarla di una possibile fonte di prova (giuramento); ancora, v. ARNDT, *Die Veräußerung* cit., 327, e la giurisprudenza in senso conforme ivi citata; FOERSTER/ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*, 6 Aufl., I, Berlin, 1892, 667; WEIDLICH, *Die Veräußerung*, cit., 281; LEO, *Die Wirkung*, cit., 110; da ultimo sul punto anche LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 198 s.

53 Tale principio generale sarà riconosciuto anche dalla dottrina successiva che, sotto la vigenza della *Zivilprozessordnung* e per giustificare il regime introdotto dal § 236 CPO, guarderà alla disciplina previgente (dove alla successione dal lato attivo si sarebbe dovuta accompagnare l'intervento in causa del successore: cfr., tra i tanti, WEIDLICH, *Die Veräußerung*, cit., 308: "Bei einer Veräußerung der ersten Art (rechtshaengigen Anspruechen, n.d.a.) haette der Erwerber in den Rechtsstreit einzutreten")

54 Particolarmente significativa ai fini del presente studio – seppur con riferimento riferimento al diritto vigente nel Württemberg – è la netta distinzione tracciata da Wächter, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Stuttgart, 1842, 528 s. e 534 s. ,

5. Verso la codificazione processuale unitaria tedesca

Nella seconda metà dell'800 si arrivò infine a concepire l'idea di redigere un codice di procedura civile unitario per tutti i *Länder* tedeschi, e ciò ancor prima dell'unificazione del *Reich*, avvenuta nel 1871⁵⁵. In riferimento al tema qui trattato, di particolare interesse si rivela l'esame di alcuni progetti preliminari e dei lavori preparatori di quella che poi sarebbe andata a costituire la versione definitiva della disciplina contenuta nel § 236 CPO del 1877.

Il progetto prussiano (*Preussischer Entwurf*) del 1864⁵⁶ non conteneva alcuna regolamentazione in merito alla cessione del diritto controverso da parte dell'attore (cessione della *actio litigiosa*), ma disciplinava unicamente il trasferimento della cosa litigiosa (*res litigiosa* o *rechtshaengige Sache*) da parte del convenuto.

Il § 227, nel fissare gli effetti prodotti dalla pendenza della lite, prevedeva al numero 3 che, in caso di vittoria dell'attore, qualunque atto di disposizione sull'oggetto del giudizio (*streitigen Gegenstand*) compiuto dal convenuto dopo la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio sarebbe stato considerato come compiuto, almeno nei confronti all'attore, dopo la pronuncia della sentenza. Nei confronti del terzo beneficiario dell'atto di disposizione, invece, si sarebbe considerato come se l'accertamento del diritto dell'attore vittorioso contenuto nella sentenza fosse avvenuto già al momento della notifica dell'atto introduttivo del giudizio, mentre la conoscenza della pendenza della lite – in riferimento alla buona fede del terzo – sarebbe stata equiparata alla conoscenza dell'altruità del diritto⁵⁷.

Dunque anche sulla base di tale progetto, almeno limitatamente all'ipotesi di trasferimento dal lato passivo del rapporto processuale, il fenomeno successorio sarebbe stato espunto dai fatti rilevanti da prendere in considerazione in corso di giudizio. Ciò sarebbe stato possibile attraverso

55 In effetti, già prima della fondazione del *deutsches Reich* esistevano, nei singoli *Laender*, intendimenti e sforzi protesi alla unificazione della disciplina del processo civile su tutto il territorio tedesco. Essi erano alimentati non solo dal fervore patriottico e nazionalista che percorreva la Germania di quei decenni, quanto e soprattutto dalla consapevolezza che il particolarismo giuridico e le diverse codificazioni che stavano via via vedendo la luce, costituivano un impedimento alla vita e allo sviluppo economico del paese. Su tutto ciò si veda la pressoché coeva ricostruzione storica di HELLWEG, *Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der deutschen Civilproceß-Ordnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1878, 78 ss., nonché più di recente LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 170 ss.

56 Non sembra senza interesse riassumere brevemente i passaggi che portarono alla stesura di tale progetto. Sotto la spinta di diversi *Laender* l'assemblea federale tedesca nel 1862 costituì e incaricò una commissione con il compito di elaborare un progetto per un codice di procedura civile unitario (HELLWEG, *Geschichtlicher*, cit., 83 ss.). La commissione si insediò ad Hannover ed iniziò i propri lavori il 15 settembre 1862, presentando infine all'assemblea il proprio progetto – che proprio in omaggio alla sede della commissione prese il nome di *Hannoverscher Entwurf* – e la relazione di accompagnamento il 24 marzo 1866 (HELLWEG, *Geschichtlicher*, cit., 90, 96). Tale progetto non conteneva alcuna disposizione relativa alla cessione del diritto controverso, ritenuta probabilmente troppo al confine con il diritto sostanziale e dunque confliggente con le regolamentazioni di diritto materiale dei singoli *Laender* tedeschi (in questo senso LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 202 che riferisce la disciplina del progetto citando SCHUBERT, *Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprossordnung fuer die deutschen Bundesstaaten*, Frankfurt am Main, 1985). In ogni caso gli sforzi profusi per l'elaborazione del *Hannoverscher Entwurf* non trovarono poi seguito nella storia della codificazione unitaria tedesca: i lavori dell'assemblea federale vennero infatti interrotti dallo scoppio della guerra austro-prussiana il 14 giugno 1866. Fra l'altro, alla redazione di tale progetto aveva deciso di non prendere parte proprio la Prussia, contraria all'insediamento di una commissione federale e desiderosa di assumere un ruolo egemonico nella futura legislazione unitaria tedesca: del resto, già il 25 febbraio 1861 aveva provveduto a insediare una propria commissione che il 17 luglio 1864 presentava un autonomo progetto (il *Preussischer Entwurf*, appunto) corredato di relazione.

57 Il testo della disposizione è riportato in NORDDEUTSCHER BUND, *Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes*, (1868-70). *Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes*: sitzung 1-390, Berlin, 1868-1870, 564 s.: “Wenn der Klaeger obsiegt, so wird jede rechtliche Verfügung, welche der Beklagte nach Zustellung der Klage ueber den streitigen Gegestand getroffen hat, rücksichtlich des Klaegers einer solchen gleichgeachtet, welche erst nach dem Siege des Klaegers vorgenommen wird. Gegen den Dritten, zu dessen Gunsten die Verfügung getroffen wurde, ist anzunehmen, dass dem Klaeger die rechtkraeftig zuerkannten Rechte schon zur Zeit der Zustellung der Klage zuerkannt gewesen sein. Die Kenntniss des Dritten von der Rechtsaengigkeit der Sache hat dieselben rechtlichen Folgen, als wenn dem Dritten die dem Klaeger spaeter zuerkannten Rechte bereits bekannt gewesen waeren”

una fittizia postergazione dell'atto di trasferimento dopo la fine del processo e, contestualmente, una retrodatazione degli effetti della sentenza al momento della domanda.

Un nuovo impulso per la codificazione unitaria doveva essere avviato dopo l'unificazione tedesca con la nomina nel 1867 di una nuova commissione incaricata di predisporre un progetto di codice⁵⁸.

Particolarmente significativa si dimostra la lettura dei lavori preparatori in riferimento alla predisposizione della disciplina della successione nel diritto controverso⁵⁹. Era infatti allo studio, in sede di commissione, l'adozione di due testi recanti una disciplina che sarebbe stata in linea con quella prevista dalla *Civilprozeßordnung* bavarese del 1869 e quella del Württemberg del 1868.

Nel primo di essi si sarebbe dovuto distinguere tra il trasferimento effettuato dal convenuto da quello operato dall'attore in corso di causa, permettendo in quest'ultima ipotesi al successore di proseguire il processo al posto del dante causa, pur restando quest'ultimo obbligato nei confronti del convenuto alla refusione delle spese processuali. Al contempo, si prevedeva – nel caso di cessione da parte del convenuto – la soggezione dell'acquirente agli effetti della sentenza emessa contro il suo autore, attraverso l'ormai consueto meccanismo di anticipazione del referente temporale della sentenza al momento della pendenza del giudizio⁶⁰.

Nel secondo progetto si prevedeva invece indistintamente la facoltà dell'acquirente – e l'obbligo, su richiesta della controparte – di intervenire nel processo e di assumere la lite nello stato in cui si trovasse al momento dell'alienazione. Contestualmente la controparte sarebbe stata legittimata a richiedere al giudice l'emanazione delle misure più idonee ad assicurare la soddisfazione del proprio diritto, nel caso in cui il trasferimento avesse potuto anche solo rendere più difficoltoso il suo perseguimento⁶¹.

Il punto nodale del dibattito in seno alla commissione verteva principalmente sulla disciplina della cessione dell'*actio litigiosa* da parte dell'attore. A sostegno delle proposte formulate, si constatava non esservi alcuna ragione per trattenere nel ruolo di parte processuale il cedente che avesse dismesso ogni interesse sul credito o sulla cosa controversa, e che piuttosto fosse interesse di tutti i soggetti del processo permettere e favorire l'assunzione della lite da parte del cessionario al posto del cedente, salva la responsabilità di quest'ultimo per le spese processuali⁶².

58 HELLWEG, *Geschichtlicher*, cit., 103 ss.

59 Il testo dei lavori preparatori è stato pubblicato in NORDDEUTSCHER BUND, Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes., (1868-70). *Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes*: sitzung 1-390, Berlin, 1868-1870

60 Il testo della disciplina può essere consultato in NORDDEUTSCHER BUND, *Protokolle*, cit., 567 s., §. 3. Anlage A. zum Protokoll der XCV. Sitzung, ed è stato discusso nel corso della 95ª seduta, il 15 settembre 1868. Se ne riporta di seguito il testo: “Der Klaeger ist durch die Rechtsaengigkeit nicht gehindert, den eingeklagten Anspruch einem Dritten abzutreten. Setzt der Rechtsnachfolger den Prozess fort, so tritt er an die Stelle des urspruenglichen Klaegers, ohne dass dieser letztere von der Verpflichtung befreit wird, dem Beklagten die demnachst erstritten Prozessskosten zu ersetzen. Ebenso wenig ist der Beklagte durch die Rechtsaengigkeit verhindert, ueber den streitigen Gegenstand zu verfuegen. Jedoch bleibt es dem Klaeger unbenommen, in den geeigneten Faellen Gerichtmassregeln zu beantragen. Wenn der Klaeger obsiegt, so wird jede Verfuegung des Beklagten ueber den Streitgegenstand so angesehen, als waere sie erst nach dem Siege des Klaegers vorgenommen. Gegen den Dritten, zu dessen Gunsten die Verfuegung getroffen wurde, ist anzunehmen, dass dem Klaeger das zuerkannte Recht schon zur Zeit der Klagezustellung zuerkannt gewesen sei. Die Kenntnis des Dritten von der Rechtsaengigkeit hat dieselben rechtlichen Folgen, als wenn ihm das dem Klaeger spaeter zuerkannte Recht bereits bekannt gewesen waere. Die Vorschrift des vorgehenden Absatzes tritt nicht ein, wenn und in soweit die Bestimmungen des Immobiliarsachenrechts eine Anfechtung des vom Dritten erworbenen Rechts ausschliessen”

61 NORDDEUTSCHER BUND, *Protokolle*, cit., 569, Witerer §. (a) Anlage B.: “Das Verbot der Verausserung im Streite befangener Forderung und Ansprueche ist aufgehoben. Der neue Erwerber ist berechtigt und der Gegenpartei gegenueber auf deren Verlangen verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage zu uebernehmen, in welcher er sich zur Zeit der Verausserung befindet. Der Gegenpartei steht das Recht zu, wegen drohender oder stattgehabter Veraeusserung, insofern ihr dadurch die Rechtsverfolgung oder Vollstreckung erschwert wird, Sicherungsmassregeln zu erwirken”

62 NORDDEUTSCHER BUND, *Protokolle*, cit., 565. Non mancavano poi proposte fondamentalmente contrarie ad una espressa regolamentazione della successione nel diritto controverso, che si facevano forti della marcata incidenza che una simile disciplina avrebbe avuto sul piano dei rapporti sostanziali. Ancora, un'isolata opinione (*op. loc. cit.*) riteneva

Per contro si sosteneva che la previsione di un avvicendamento (*Parteiwechsel*) tra successore e dante causa non sarebbe stata in linea con le scelte, particolarmente restrittive, già operate in materia di partecipazione dei terzi al processo ed avrebbe inoltre condotto a pratiche difficoltà in riferimento a eventuali domande riconvenzionali proposte dal convenuto e alla disciplina del giuramento. Si proponeva dunque di condizionare l'intervento del successore al consenso prestato del cedente, ovvero di fare direttamente riferimento alla disciplina vigente nell'ordinamento prussiano, segnatamente al § 48 dell'AGO⁶³. Si sarebbe dovuto, inoltre, coordinare la nascente disposizione con le norme civilistiche che contemplavano l'acquisto di diritti a non domino, e prevedere dunque che la sentenza sarebbe stata sempre efficace nei confronti del successore salvo l'inverarsi di una delle citate ipotesi.

Queste ultime considerazioni incontrarono la maggioranza dei consensi in commissione, ed è in tale contesto che si propose di inserire nel testo di legge la formula – che in progresso di tempo sarebbe divenuta celebre – per cui “*die Cession habe auf den Prozess keinen Einfluss*”⁶⁴. Si proponeva inoltre, per meglio esplicitare la scelta adottata in sede di commissione, di adottare la dizione già contenuta nel § 227 del *Preussischer Entwurf* del 1864, e l'accento ivi contenuto alla finzione di slittamento del referente temporale degli effetti della sentenza da una parte e del trasferimento del diritto controverso dall'altra⁶⁵. Ma tale aggiunta non si rinviene nel testo finale del progetto, che alla fine verrà varato al § 184 di quello che passerà alla storia come il *Norddeutscher Entwurf* del 1870⁶⁶.

invece che la successione dal lato attivo del rapporto processuale non dovesse essere in alcun modo disciplinata perché, in tal caso, la domanda dell'attore sarebbe dovuta essere semplicemente rigettata per sopravvenuto difetto della Aktivlegitimation. Dal lato passivo, invece, non si sarebbe dovuta prevedere l'efficacia – anche esecutiva – della sentenza nei confronti del successore, perché comunque sarebbe stato necessario uno specifico processo promosso contro quest'ultimo.

63 NORDDEUTSCHER BUND, *Protokolle*, cit., 563 s.: “*Sachgemesser und mehr im Einklang mit dem fruheren Beschlussen aber sei es, wenn die Cession der actio litigiosa etwa so behandelt werde, wie in der Preussischen Praxis*”. A tale punto il testo dei lavori preparatori richiama testualmente i §§ 383 e 384 del ALR. Tuttavia, non può esservi dubbio che si tratti di un mero errore – forse anche solo di battitura – dal momento che il riferimento specifico alla disciplina contenuta nei §§ 48 e 9 dell'AGO prussiano è fatto palese da altri richiami contenuti nei lavori preparatori, ed è comunque inequivocabile alla luce della senso della disciplina che si sarebbe voluta imprimere al meccanismo della successione nel diritto controverso. Nello stesso senso, gli interpreti di ogni epoca, ed anche coevi alla redazione del progetto in commento, hanno concordemente interpretato il richiamo come effettuato alla disciplina dei §§ 48 lit. c. e 9 AGO, attribuendo l'errore ad una difettosa conoscenza del diritto vivente prussiano. Si veda ad esempio ARNDT, *Die Veräußerung* cit., 323 ss., secondo il quale “*Die Civilprozessordnung befindet sich auch hier in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht [...] und dem preussischen Rechte (A.G.O. I. 7 § 48 und I. 24 § 9)*”. Nello stesso senso GAUPP, *Die Civilprozessordnung*, II, Tuebingen, 1880, 30.

64 NORDDEUTSCHER BUND, *Protokolle*, cit., 564 s. Il teso oggetto della proposta era così formulato: “*Weder der Klaeger noch der Beklagte werden durch die Rechtshaengigkeit verhindert, den Streitgegenstand zu veraeussern; auch ist der Klaeger befugt den rechtshaengig gewordenen Anspruch zu cedieren. Die Veraeusseung oder Cession hat auf den Prozess keinen Einfluss. Der Rechtsnachfolger ist insbesondere nicht befugt an Stelle des Rechtsvorgaengers ohne Zustimmung des Gegners als Hauptpartei den Prozess zu uebernehmen. Die Entscheidung, welche in der Hauptsache ergeht, ist auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar, soweit nicht die Vorschriften des buergerlichen Rechts ueber die Rechte Desjenigen, welcher in gutem Glauben oder welcher auf Grund des Hypothekenbuchs erworben hat, entgegenstehen*”.

65 NORDDEUTSCHER BUND, *Protokolle*, cit., 564 “*Eventuell sei an Stelle des letzten Satzes nach Vorbild des Preussischen Entwurfs § 227 Nr. 3 die Bestimmung aufzunehmen*”

66 Si riporta il testo integrale del § 184 del *Norddeutscher Entwurf*, consultabile in *Entwurf einer Prozessordnung in buergerlichen Rechtsstreitigkeiten fuer den Norddeutschen Bund*, Berlin, 1870, 48: “*Die Rechtshaengigkeit schliesst die Befugnis der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veraeussern oder den geltend gemachten Anspruch zu cedieren. Die Veraeusseung oder Cession hat auf den Prozess keinen Einfluss. Der Rechtsnachfolger ist insbesondere nicht befugt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozess als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgaengers zu uebernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben (§. 87). Tritt er als Nebenintervenient auf, so findet der §. 94. keine Anwendung. Die Entscheidung, welche in der Hauptsache ergeht, ist auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar*”. Deve segnalarsi come LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 204 riferisca di un testo in larga misura coincidente numerato sotto il § 200. E' possibile che l'A. si riferisca a una successiva redazione del progetto, ma la corrispondenza dei testi rende superfluo ogni ulteriore approfondimento.

6. Il complessivo disegno della *Civilprozessordnung* del 1877 e della *Novelle* del 1898 (cenni alla *Cessionslehre*)

Si stava così pervenendo a quello che sarebbe stato in progresso di tempo, seppur con marginali modifiche redazionali⁶⁷, il testo definitivo della disciplina della successione nel diritto controverso contenuta nel § 236 della *Civilprozessordnung fuer das deutsches Reich*, licenziata dal Kaiser il 30.01.1877 ed entrata in vigore il 1.10.1879.

Al primo comma si stabiliva, con dichiarazione di principio destinata ad incidere direttamente sul diritto materiale applicato nei diversi *Laender*, che la pendenza del processo non avrebbe escluso il diritto delle parti di alienare la cosa controversa (“*die in Streit befangene Sache*”) o la pretesa fatta valere (“*den geltend gemachten Anspruch*”).

Il secondo comma conteneva invece la disciplina prettamente processuale: il trasferimento non avrebbe avuto alcun influsso sul processo. Il successore non sarebbe tuttavia stato legittimato senza il consenso della controparte a sostituirsi al proprio dante causa o a dispiegare intervento principale (*Hauptintervention*), ma avrebbe potuto unicamente intervenire in via meramente adesiva (*Nebenintervention*). In tal caso, tuttavia, il successore sarebbe stato considerato mero *einfacher Nebenintervenient* e non invece *streitgenoessicher Nebenintervenient* del proprio dante causa, come sarebbe dovuto discendere dall'applicazione § 66 CPO (attuale § 69 ZPO⁶⁸). Ciò, di fatto, avrebbe comportato che le sue facoltà processuali sarebbero state comprese nei limiti della compatibilità con l'attività e la condotta processuale della parte adiuvata: in ipotesi, il successore non avrebbe neanche potuto effettuare allegazioni o compiere attività processuale che si ponessero in contraddizione con quelle del proprio dante causa⁶⁹.

Al terzo comma, infine, si stabiliva che la sentenza sarebbe stata efficace ed eseguibile anche nei suoi confronti⁷⁰.

Nel 1898 la CPO subì un ulteriore intervento adeguatore per coordinarla con l'imminente entrata in vigore del *Buergerliches Gesetzbuch* (codice civile, di seguito BGB) e del *Handelsgesetzbuch* (codice di commercio, di seguito HGB). All'esito dei lavori, che avrebbero dato all'ordinanza una nuova numerazione ed il titolo definitivo di *Zivilprozessordnung* (ZPO), la disciplina della successione nel diritto controverso doveva confluire nel § 265 ZPO con lievi e marginali modificazioni.

I primi due commi rimanevano sostanzialmente immutati, mentre la soggezione del successore in corso di causa al giudicato formatosi nei confronti del dante causa – che in un primo momento si sarebbe voluta collocare nel BGB – trovava infine sistemazione nel § 325 ZPO, norma che sarebbe stata considerata la disciplina di riferimento dei limiti soggettivi della sentenza. Questa avrebbe avuto efficacia nei confronti delle sole parti processuali e di chi si fosse reso loro successore, o che fosse entrato nel possesso della “*in Streit befangene Sache*”, dopo l'inizio della pendenza del giudizio. A tale principio il secondo comma del § 325 ZPO avrebbe apportato una deroga, con una previsione dal tenore letterale invero particolarmente oscuro, nei casi in cui il BGB avesse previsto una fattispecie di acquisto *a non domino*⁷¹. Si trattava delle ipotesi di acquisto a

67 Non sembra necessario riferire i successivi passaggi legislativi che portarono alla redazione finale della *Civilprozessordnung*. Per ulteriori informazioni può farsi riferimento a HELLWEG, *Geschichtlicher*, cit., 78 ss., nonché LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 170 ss., 202 ss. Per quel che riguarda la materia in esame, il testo del § 184 del *Norddeutscher Entwurf* verrà quasi interamente trasfuso senza modificazioni nei successivi progetti di riforma (§ 215 del *Preussischen Justizministerial-Entwurf* del 1871; § 223 del *Bundesratsvorlage* del 1872; § 228 del *Reichstagsvorlage*)

68 Recita testualmente il § 69 ZPO: “Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozess erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 61 als Streitgenosse der Hauptpartei”.

69 Sull'istituto della *Nebenintervention* e sulle rilevanti limitazioni che incontra l'*einfacher Nebenintervenient* in contrapposizione allo *streitgenoessicher*, si veda ancor oggi ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., Muenchen, 2010, 252 ss., in part., 257 s., 261 s.

70 Si riporta il testo integrale del § 236

71 Si riporta il testo dei primi due commi del § 325 ZPO: “Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, dass eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die

titolo originario in concomitanza delle quali il successore sarebbe stato svincolato anche dalla soggezione al giudicato⁷².

Già sulla sola base dei lavori preparatori⁷³ appare quindi incontestabile che la volontà del legislatore storico tedesco fosse quella di escludere dall'orizzonte cognitivo e decisorio del giudice, nonché dal novero dei fatti rilevanti ai fini della decisione sul merito, ogni fenomeno latamente successorio a titolo particolare verificatosi nel corso del processo. Ciò sarebbe avvenuto proprio al fine di tutelare la controparte dall'inverarsi di un fenomeno di avvicinamento del successore nel ruolo processuale del dante causa, facendo venire meno con quest'ultimo sia una possibile fonte di prova, sia la garanzia di ristoro dalle spese processuali che il successore non fosse stato in grado di affrontare. A ciò si aggiungeva, in ultima istanza, anche la considerazione delle possibili controversie che sarebbero potute sorgere in ordine all'intervenuta cessione, e al dispendio di tempo che il *Parteiwechsel* avrebbe comportato, rivelandosi poi del tutto inutile nel caso in cui non si fosse pervenuti ad una sentenza di condanna⁷⁴.

La scelta avrebbe del resto trovato riscontro nel consapevole intendimento di posticipare in sede di esecuzione ogni contestazione in merito all'avvenuto trasferimento del diritto controverso. Ciò sarebbe potuto avvenire, precisamente, da parte dello stesso cessionario nel procedimento volto al rilascio della copia in forma esecutiva della sentenza ancora oggi disciplinato dagli attuali § 727 e 731 ZPO⁷⁵ (cfr. gli originari §§ 665 e 668 CPO)⁷⁶, ovvero ad opera della controparte in sede di *Vollstreckungsabwehrklage* (opposizione all'esecuzione) promossa, ai sensi del § 767 ZPO⁷⁷, per contestare il (sopravvenuto, in forza del meccanismo di posticipazione degli effetti del trasferimento del diritto controverso, rispetto a quelli della sentenza) difetto di legittimazione del cedente.

E' stato poi evidenziato⁷⁸ come la regolamentazione da ultimo cristallizzata nei §§ 265, 325 e 727 ZPO trovasse armonica corrispondenza nella fisionomia che stava assumendo in quello stesso torno di tempo la disciplina della cessione del credito (*Cessionslehre*) nel diritto comune e poi, infine, nei § 398 ss BGB.

Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, gelten entsprechend".

72 Tale disposizione era in origine contenuta al § 238 CPO.

73 Come si vedrà nel successivo capitolo, altri

74 In questo senso espressamente le motivazioni della CPO: HAHN, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, II, Berlin, 1880, 261 s., nella quali si rinviene un raffronto con la soluzione accolta dal § 327 della Civilprozessordnung del Württemberg e dai §§ 294 e 493 di quella bavarese. Se il pregio di quella disciplina consisteva nel fatto che, per effetto dell'intervento o della chiamata in causa del successore, si sarebbe ottenuta immediatamente una sentenza pronunciata direttamente a nome di quest'ultimo, tuttavia – si osservava – tale vantaggio sarebbe stato più che controbilanciato dai rischi riferiti nel testo: "*Allein dieser Vortheil wird dadurch mehr als aufgewogen, dass ein Streit ueber die Verpflichtung zur Aufnahme des Prozesses den Prozess selbst verwickeln und verweiltlaeufigen muss und sich als voellig nutzlos herausstellt, wenn ein verurteilendes Erkenntnis nicht erfolgt*".

75 L'attuale § 727 ZPO recita "*Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Gläubigers sowie gegen denjenigen Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Schuldners und denjenigen Besitzer der in Streit befangenen Sache, gegen die das Urteil nach § 325 wirksam ist, erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältnis bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Ist die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältnis bei dem Gericht offenkundig, so ist dies in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen*". Mentre il § 731 ZPO dispone: "*Kann der nach dem § 726 Abs. 1 und den §§ 727 bis 729 erforderliche Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht geführt werden, so hat der Gläubiger bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges aus dem Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben*".

76 In questo senso LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 210, che riferisce le considerazioni svolte nella relazione di accompagnamento del *Preussischen Justizministerial-Entwurf* del 1871

77 "Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen. Sie sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war".

78 Nell'ambito della ricerca condotta da LAMMEYER, *Konflikt*, cit.

Infatti, diversamente da quanto accade in Italia, la cessione del credito ha in Germania – allora come ora – efficacia immediata fin dal compimento dell’atto di trasferimento e senza che sia richiesta, ai fini dell’opponibilità al debitore, alcuna comunicazione che sia a questi indirizzata⁷⁹. Ciò significa che la cessione del credito sarebbe potuta inverarsi senza che il debitore convenuto ne avesse contezza e fosse pertanto in grado di eccepirlo nel corso del processo.

In tal modo, in virtù della fittizia postergazione dell’atto di trasferimento rispetto alla pronuncia della sentenza, il debitore sarebbe stato ammesso a far valere con la *Vollstreckungsabwehrklage* l’intervenuta cessione nei confronti del creditore cedente. Un diverso meccanismo lo avrebbe invece esposto al rischio di venire assoggettato ad una duplice iniziativa esecutiva da parte di cessionario e cedente.

A tale regolamentazione, che ancora oggi rappresenta la disciplina di carattere generale della successione nel diritto controverso nel sistema tedesco, si accompagna poi una previsione derogatoria contenuta nel § 266 ZPO (in precedenza § 237 CPO) nell’ipotesi in cui il giudizio verta sulla sussistenza di un diritto o di peso inerente a un fondo⁸⁰. In tal caso, e in divergenza con il § 265 ZPO, si prevede che, in ipotesi di alienazione del fondo, l’acquirente sia di per sé legittimato, e su istanza della controparte finanche tenuto, ad assumere la lite nello stato in cui essa si trovi⁸¹.

7. Le prime formulazioni della *Irrelevanztheorie*

La *querelle* doveva divampare – o, per meglio dire, continuare – immediatamente dopo l’entrata in vigore della CPO nel 1877. In breve, l’opzione di base che avrebbe distinto le teoriche della *Relevanz-* e della *Irrelevanztheorie* nella loro originaria formulazione, risiedeva nella possibilità di conferire rilevanza, nell’ambito del processo in corso, all’eventuale allegazione della vicenda successoria. I profili delle due ricostruzioni appaiono già delineati appieno nel primo decennio di applicazione della CPO, ed anche in quello successivo risulteranno nettamente contrapposte nella letteratura e nella giurisprudenza del tempo, rappresentate emblematicamente

79 ROTH/KIENINGER, § 398, in *Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, II, 7. Aufl., 2016, 2715: “Die Abtretung gegen den Schuldner geschieht durch Vertrag zwischen Altgläubiger (Zedent) und Neugläubiger (Zessionar) [...], ein weiterer (Real-)Akt – denkbar waere etwa eine Mitteilung an den Schuldner – tritt nicht hinzu”. Il § 407 Abs. 1 BGB si limita a prevedere, a tutela del debitore ceduto di buona fede, che al cessionario sia opponibile qualunque atto di disposizione del credito – e tra essi in particolare il pagamento – intercorso tra cedente e ceduto fintanto che quest’ultimo non venga messo a conoscenza della cessione.

80 Il testo del § 266 ZPO dispone letteralmente che “Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, das für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, die auf einem Grundstück ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen. Entsprechendes gilt für einen Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Verpflichtung, die auf einem eingetragenen Schiff oder Schiffsbauwerk ruhen soll. Diese Bestimmung ist insoweit nicht anzuwenden, als ihr Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entgegenstehen. In einem solchen Fall gilt, wenn der Kläger veräußert hat, die Vorschrift des § 265 Abs. 3”.

81 Variamente si è argomentato in dottrina sulle ragioni che avrebbero indotto il legislatore tedesco a prevedere tale eccezionale disciplina. In tempi recenti si è in particolare sostenuto che la *ratio* di tale disciplina processuale derogatoria risiederebbe nella mancata necessità di assicurare alla controparte dell’alienante quella ben più pregnante tutela che il § 265 ZPO concede, permettendole di proseguire il processo con la parte originaria. In tal senso, si sostiene, le formalità connesse alla circolazione della proprietà immobiliare – in particolare l’*Auflassung* e la natura costitutiva della iscrizione nei libri fondiari (*Eintragung*) – escluderebbero già di per sé il rischio di macchinazioni abusive a danno della controparte (per esempio in ipotesi di reiterato trasferimento del diritto controverso). In questo senso oggi Roth; Bekker Eberhard; Greger. La spiegazione può ritenersi solo parzialmente convincente, rimanendo da spiegare perché le controversie immobiliari per eccellenza, vale a dire le azioni di rivendica, non ricadano nella disciplina derogatoria del § 266 ZPO ma in quella generale del § 265 ZPO, pur essendo assimilabili alla *ratio* evidenziata dalla riferita dottrina. Sul punto si ritornerà nel terzo capitolo del presente lavoro. Già in questa sede può tuttavia rivelarsi, valorizzando i risultati che sono emersi dallo studio dei lavori preparatori alla ZPO, come con buona probabilità il legislatore storico tedesco fosse partito dalla presunzione che nelle azioni disciplinate dal § 266 ZPO l’elemento personalistico di tale controversie sarebbe stato già di per sé talmente irrilevante da non giustificare la rigida disciplina del § 265 ZPO: l’intervento del successore non avrebbe in alcun modo alterato i termini nei quali si agitava la controversia prima del trasferimento del diritto controverso.

dai rispettivi fondatori: per la *Irrelevanz* Ludwig Gaupp; Max Ernst Eccius per la *Relevanztheorie*⁸².

Il cuore della questione interpretativa, a quanto consta, consisteva nella difficoltà di conciliare il primo comma del § 265 ZPO⁸³ – che per comune ammissione aveva una volta per tutte abrogato il divieto romanistico di cessione del diritto controverso – con la prima proposizione del § 265, Abs. II, CPO, secondo il quale il trasferimento non avrebbe esercitato alcuna influenza sul processo⁸⁴.

In base alla primitiva formulazione della tesi della irrilevanza il processo, a seguito della cessione, non solo avrebbe dovuto proseguire il suo corso da un punto di vista formale (*rectius*: processuale) come se nulla fosse accaduto; ma, vieppiù, il giudice avrebbe dovuto porre a base della decisione il rapporto giuridico esistente tra le parti sulla base delle condizioni di fatto e di diritto esistenti al momento della cessione⁸⁵.

Il delineato meccanismo si traduceva, nel concreto, in una deroga al principio (immanente ad ogni ordinamento processuale, ed allora codificato al § 251 CPO) secondo cui il referente temporale preso in considerazione dalla sentenza avrebbe dovuto coincidere con la chiusura della trattazione. La prima conseguenza di tale ricostruzione sarebbe stata che, sino a quel momento e dunque per tutta la durata del processo, il dante causa sarebbe stato legittimato nei confronti della

82 Del primo può farsi riferimento a GAUPP, *Die Civilprozessordnung*, II, Tuebingen, 1880, 29 ss., in part. 31; per il secondo, invece, FOERSTER/ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, 4. Aufl., I, 1880, 758 ss. (citato da WACH, *Die Abtretung rechtshaengiger Ansprueche in ihrem Einfluss auf den Prozess*, in *Gruchot*, 1886, 779, 781, n. 7). La letteratura successiva e contemporanea ha inteso tributare una sorta di primazia – sia cronologica, che in termini di consensi inizialmente riscossi – alle tesi di Gaupp (per tale giudizio, si veda da ultimo WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Trento, 2015, 81). Si confessa di non essere in grado di formulare precise valutazioni sul punto. *In primis* perché se di un'antiorità temporale vuole parlarsi, questa – come emerge dalla data di pubblicazione delle sopra opere citate – o non risulta ovvero appare esigua al limite della irrilevanza. Quanto al consenso riscosso in dottrina, deve evidenziarsi come già entro gli anni '80 del XIX secolo la tesi elaborata da Eccius poteva contare un discreto numero di sostenitori, tra cui possono ricordarsi DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin, 1884, 356 (benché il passo citato non sembri farvi espresso riferimento, tuttavia l'adesione dell'A. alla Relevanztheorie – oltre ad essere attestato da altre fonti dell'epoca: cfr. WACH, *Die Abtretung*, cit., 781 – risulterà manifesto nelle successive edizioni dell'opera); SCHOLLMAYER, *Die Compensationseinrede*, Berlin, 1884, 85 ss.; STRUCKMANN-KOCH, *Die Civilprozessordnung*, 5. Aufl., Berlin/Leipzig, 1886, 260 ss.; WILMOWSKI/LEVY, *Civilprozessordnung*, 4. Aufl., Berlin, 1885, 343 ss.; FOERSTER, *Die Civilprozessordnung fuer das deutsche Reich*, I, Gruenberg, 1886, 408 ss.; KROLL, *Klage und Einrede nach deutschem Recht*, Berlin, 1884, 206. In seguito aderiranno alla Relevanztheorie anche HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, cit., 172 ss.; (Non vidi: PETERSEN/ANGER/REMELE, *Kommentar der Zivilprozessordnung*, Bd. II, 1, Lahr, 1904, sub § 265, pag. 524; REINHARDT, op. cit., pag. 71; F. STEGEMANN, *Die Parteien im Prozess*, in *inZDZP*, 1892 (Bd. 17), pag. 326 ss., spec. Pag. 351 WEISMANN, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozess*, I, Stuttgart, 1903).

83 D'ora in poi nel testo ci si richiamerà al § 265 ZPO, avvertendosi tuttavia che fino al 1900 la dottrina tedesca citata continuerà a far riferimento al § 236 CPO.

84 In effetti, la critica che più frequentemente viene rivolta dai sostenitori dell'una tesi nei confronti dell'altra è quella di aver dato eccessivo rilievo all'uno o all'altro dei capoversi del § 265 ZPO. Così, i sostenitori della *Relevanztheorie* avrebbero (come in effetti risulta) piegato l'interpretazione dei successivi capoversi del § 265 ZPO al principio – enunciato al primo comma – della libera alienabilità dei diritti litigiosi (per tale critica si veda MAYER, *Ueber die rechtlichen Grundsätze von der Litigiosität nach dem Rechte der Civilprozessordnung*, in *Gruchot*, 1889, 297 ss., 319), per i fautori della *Irrelevanztheorie* tale principio avrebbe avuto mera carattere declamatorio (WEIDLICH, *Die Veräußerung*, cit., 305, in progresso di tempo proporrà addirittura di ritenerlo abrogato per carenza di oggetto e di sostituirlo interpretativamente con la formula “*Die Streitveräußerung ist bis zum Wegfalle der Rechtshaengigkeit aufgeschoben*”). Al contrario, per i fautori della *Irrelevanztheorie*, al contrario, la critica sarà quella di aver attribuito un significato eccessivo all'affermazione secondo cui “*die Veräußerung oder Abtretung hat auf den Prozess keinen Einfluss*”. Anche per la giurisprudenza del Reichsgericht, del resto il problema interpretativo sotteso all'istituto in esame risiedeva nel significato da attribuire alla proposizione da ultimo citata e ai suoi rapporti con il primo comma del § 236 CPO.

85 Tale è la traduzione pressoché letterale della definizione data da GAUPP, *Die Civilprozessordnung*, cit., 31, che si riporta di seguito nel testo originale: “*soll die Veräußerung (Zession) auf den Prozess keinen Einfluss haben. Derselbe nimmt hiernach nicht nur formell seinen Fortgang, als ob keine Veräußerung erfolgt waere, sondern der Richter hat auch bei der materiellen Beurtheilung des Rechtsverhältnisses die zur Zeit der Veräußerung vorhanden thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen seinem Urtheil zu Grunde zu legen*”. Preme rilevare che il passo è tratto dal capoverso del commentario di Gaupp dedicato proprio al trasferimento della “pretesa litigiosa” (dunque dal lato attivo), quasi si avesse consapevolezza che quello fosse l'ipotesi in cui l'affermando principio sarebbe suonato più stridente con le regole generali e con la tradizione precedente, che avrebbe configurato invece il *Parteiwechsel*.

controparte a disporre processualmente del diritto controverso (ad esempio rinunciando alla pretesa). Il ch  si sarebbe giustificato come un limite implicito all'abrogazione del divieto di alienazione del diritto litigioso codificato nel § 265 Abs. I ZPO.

Il trasferimento del diritto in corso di causa sarebbe pertanto stato equiparato, quanto agli effetti sul processo, ad una successione avvenuta *post litem*: il cessionario si sarebbe potuto avvalere anche esecutivamente della sentenza emessa a favore del suo autore, mentre gli sarebbe stato opponibile il giudicato di rigetto favorevole al debitore⁸⁶. L'unica differenza risiedeva nel circostanza che l'autonoma iniziativa giudiziale del cessionario volta a far valere – sia *principaliter*, che in via di compensazione o di domanda riconvenzionale – il credito ceduto in costanza del processo proseguito dal cedente, si sarebbe infranta contro l'eccezione di litispendenza ricavata interpretativamente dalla disposizione che estendeva al successore gli effetti della prima sentenza⁸⁷.

La teoria dell'irrelevanza non tard  nel breve tempo a guadagnare adesioni, arricchendosi peraltro di ulteriori approcci ricostruttivi per giustificare in altro modo l'evidente scarto che si era venuto a creare tra il piano processuale e quello della ormai mutata realt  materiale. Cos , per spiegare la disciplina del § 265 ZPO, si era potuto individuare un meccanismo che faceva perno sul concetto di finzione: il processo poteva continuare nei confronti del dante causa perch  questi era ancora considerato dalla legge processuale come titolare del diritto, legittimato ad agire in giudizio. Solo la pronuncia della sentenza, con il dissolvimento dell'artificio processuale che ne giustificava la finzione, avrebbe squarciato il velo che celava la verit  sostanziale e disvelato l'effettiva realt  dei rapporti intercorsi tra le parti e il successore: quest'ultimo sarebbe stato il destinatario degli effetti della sentenza proprio perch  riscopertosi, alla fine dei giochi, l'effettivo ed unico titolare del diritto litigioso⁸⁸.

Secondo un'altra prospettiva il coordinamento tra la disciplina processuale sopra tratteggiata e l'atto di trasferimento in pendenza di causa si sarebbe dovuto rinvenire in un nesso di condizionamento degli effetti di quest'ultimo rispetto all'esito del processo. In tal modo, l'efficacia dell'atto di cessione non sarebbe stata solo fittiziamente postergata rispetto alla conclusione del processo, ma effettivamente condizionata anche da un punto di vista sostanziale alla vittoria della parte alienante⁸⁹. L'esito del processo avrebbe dunque rappresentato secondo questa ricostruzione una vera e propria *condicio juris ex lege*, a cui sarebbe stata ritenuta applicabile la disciplina negoziale della condizione (§§ 158 ss. BGB)⁹⁰. In progresso di tempo tale teorica verr 

86 GAUPP, *Die Civilprozessordnung*, cit., 31 s.; MAYER, *Ueber die rechtlichen Grunds tze*, cit., 323 s.; WEIDLICH, *Die Ver u erung*, cit., 302

87 In tal senso tutti i sostenitori della *Irrelevanztheorie*: GAUPP, *Die Civilprozessordnung*, cit., 31 s.; MAYER, *Ueber die rechtlichen Grunds tze*, cit., 322, secondo cui “*Die Einrede der Rechts angigkeit ist das nothwendige Korrelat der Einrede der Rechtskraft; wirkt in der That die Rechtskraft der Entscheidung auch gegen den Rechtsnachfolger, so darf er diese Wirkung nicht durch Anstrengung eines neuen Prozesses vereiteln, soll auch ihm gegenueber der Satz: ne bis de eadem re sit actio gelten, so ist es konsequent, dass auch gegen ihn exceptio litis pendens gegeben wird, denn die letztere hat keinen anderen Zweck, als jenes Prinzip bereits waehrend der Rechts angigkeit zu verwirklichen*”. Gi  da quest'ultimo passo sembrerebbe quanto meno impreciso affermare che “la dottrina dell'irrelevanza ravvisava nella previsione suddetta [quella del § 325 ZPO, n.d.a.] una fattispecie di soggezione del terzo all'efficacia (riflessa) della sentenza resa su un rapporto altrui” (cos  WIDMANN, *La successione*, cit., 85). Di un fenomeno di riflessione del giudicato (o della sentenza) non v'  invero traccia nelle fonti; l'A. sembra invece riferirsi alla nozione di efficacia riflessa invalsa in progresso di tempo nella dottrina italiana. Su ci  si torner  nel capitolo seguente.

88 MAYER, *Ueber die rechtlichen Grunds tze*, cit., 319, secondo cui “*das Gesetz [...] betritt damit den Weg der Fiktion: indem die C.P.O. trotz geschener Zession dem Beklagten den Einwand mangelnder Sachlegitimation versagt, fingiert sie den Klaeger als aktivlegitimiert*”.

89 In questo senso WEIDLICH, *Die Veräußerung*, cit., 299 ss. “*Weil bis zum Ende des Prozesses in der Schwebe, treten die Veraeusserungswirkungen erst im Fall und Umfang einer dem Veraeusserer guenstigen Erledigung des anhaengigen Rechtsstreits in Kraft. Ihr Eintritt ist somit durch eine entsprechende Prozessbeendigung, vor Allem durch die richterliche Anerkennung des Rechtes des Veraeusserers bedingt*”, salvo poi precisare trattarsi

90 WEIDLICH, *Die Veräußerung*, cit., 300, “*Doch handelt es sich hier nicht um eine eigentliche Bedingung, sondern um eine gesetzliche, da wir sie nicht dem ausdruecklichen Parteiwillen sondern dem Gesetz entnehmen (condicio juris) [...] Sie ist analog der eigentlichen Bedingung (BGB §§ 158 ff.) zu behandeln*”. In progresso di tempo tale ricostruzione sar  fatta propria da

ulteriormente sviluppata e precisata nel senso di ricondurre il nesso di condizionamento rispetto al trasferimento del diritto controverso non solo alla vittoria della parte alienante, ma anche a qualunque altro esito che il processo potesse sortire⁹¹.

In ultimo si propose di rileggere il meccanismo applicativo del § 265 ZPO postulando che l'intervenuta cessione del diritto controverso avrebbe automaticamente convertito l'oggetto del giudizio pendente nella risoluzione della questione circa l'oggettiva esistenza del diritto stesso, spogliata di ogni riferimento alla sua titolarità soggettiva. Concluso tale processo con sentenza definitiva – la quale avrebbe rappresentato una sorta di cesura (*Zesur*) nella complessiva fattispecie delle norma sopra richiamata – la questione della effettiva titolarità della pretesa sarebbe eventualmente dovuta essere oggetto di un nuovo e diverso processo⁹².

Riepilogate così succintamente le opinioni riferibili alla *Irrelevanztheorie*, può esser utile una osservazione conclusiva. E' dato intravedere, infatti, dietro la varietà di formule e teorizzazioni impiegate dai fautori della teoria della irrilevanza, la difficoltà di rendere ragione della stranezza – in base alla previgente disciplina e secondo l'impostazione dogmatica a quei tempi corrente⁹³ – di un processo proseguito da una parte che poteva anche essersi interamente spogliata di ogni interesse in causa, senza che fosse contestualmente data al successore la possibilità di intervenire o di subentrare nella conduzione della lite⁹⁴. Su tale intrinseca fragilità delle scelte operate dal legislatore tedesco avrebbero avuto buon gioco proprio i detrattori della *Irrelevanztheorie*.

8. ... e della *Relevanztheorie*.

Non si crede sia stata evidenziata e ponderata a sufficienza la matrice e il nucleo portante della primitiva espressione della *Relevanztheorie*. Questa era infatti originariamente racchiusa nel contesto dell'insegnamento sulla cessione dei crediti (*Cessionslehre*) disciplinata dal diritto prussiano⁹⁵, e veniva formulata in forma di critica serrata avverso le aporie cui avrebbe condotto la *Irrelevanztheorie*, applicata alle controversie che avessero avuto a fondamento un rapporto obbligatorio.

Così – si diceva – il debitore sarebbe stato condannato a pagare al cedente nonostante fosse già a conoscenza dell'avvenuta cessione e senza poter sollevare le eccezioni personali al cessionario; per contro gli sarebbe stata data ancora la possibilità di interporre eccezioni sorte nei confronti del cedente e sorte solo dopo la cessione; ancora, il cedente avrebbe mantenuto la possibilità di rinunciare all'azione con effetto anche nei confronti del cessionario, e quest'ultimo non avrebbe avuto la possibilità di impedire al cedente di mettere in esecuzione la sentenza che lo vedeva ancora titolare del credito; in ultimo sarebbe stato quanto meno dubbio che il cessionario potesse far valere in giudizio autonomamente il credito ceduto in presenza di una sentenza di cui

91 Così LEO, *Die Wirkung*, cit., 90 ss., dove già tale ricostruzione figura cristallizzata nella formula della "*Bedingungstheorie*". Dal seno di tale corrente interpretativa sarebbe sorta anche l'opinione che ravviserà apertamente nella litigiosità del diritto una causa di inefficacia temporanea del negozio di cessione: cfr. WAHL, *Die Tragweite der Bestimmung des ersten Satzes von § 265 Absatz 2 ZPO*, Breslau, 1909, 41, "*ist auch das die res litigiosa zum Gegenstande habende Geschaefit unwirksam bis zu dem Augenblicke, wo der Richter in seinem Schiedsspruche mittelbar den Vertragskontrahenten als Berechtigten oder Nichtberechtigten offenbart*".

92 Tale è la tesi di LIPPMANN, *Die Cession rechtshaengiger Klageansprueche*, in *Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts*, 1903, 391 ss., in part., 459 ss.

93 Per la disciplina vigente prima della promulgazione della Civilprozessordnung si vedano i paragrafi precedenti. Per l'impostazione dogmatica imperante nella civilprocessualistica del XIX secolo si rimanda, invece, al capitolo successivo.

94 Non è un caso, infatti, che le maggiori incertezze per i fautori *Irrelevanztheorie* derivavano proprio dall'analisi della successione nel lato attivo del rapporto processuale.

95 Neanche può sorprendere che la teoria della rilevanza venisse formulata proprio nell'ambito di un manuale istituzionale dedicato al diritto privato prussiano ancora vigente alla fine del XIX secolo, da quell'ordinamento cioè che aveva da tempo ammesso la cessione dei crediti litigiosi, disciplinando per l'occasione un avvicendamento (*Parteiwechsel*) tra cedente e cessionario. Quanto segue nel testo ripropone nelle sue linee essenziali la prima formulazione della *Relevanztheorie*, come risulta esposta in FOERSTER/ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*, 6 Aufl., I, Berlin, 1892, 670 ss.

ancora risultava beneficiario il cedente. Era chiaro che non potesse essere tale la ratio sottesa al § 236 CPO.⁹⁶

Era in altri termini denunciata l'artificiosità del meccanismo escogitato dal legislatore tedesco se applicato – in particolare – a situazioni di vantaggio di consistenza obbligatoria. Questa avrebbe seguito a vivere nella realtà sostanziale modificata nelle sue terminazioni soggettive, mentre continuava a sopravvivere nella dimensione processuale cristallizzato nella forma ad esso impressa dalla domanda giudiziale.

L'inaccettabilità delle soluzioni cui in concreto si sarebbe pervenuti doveva pertanto sconsigliare di ritenere che quella paventata fosse la *ratio* da attribuirsi all'intera disciplina della successione nel diritto controverso (anche nell'ipotesi in cui oggetto del processo e di trasferimento fosse stata una situazione di vantaggio di consistenza reale).

La soluzione praticabile, al contrario, sarebbe dovuta risiedere in una interpretazione restrittiva del principio secondo cui il trasferimento del diritto controverso non avrebbe dovuto avere alcun influsso sul processo. Con tale formula si sarebbe voluto disporre che solo da un punto di vista formale il procedimento sarebbe proseguito tra le parti originarie, mentre ai fini della decisione sul merito la cessione sarebbe stata pienamente rilevante agli occhi del giudice. Il dante causa avrebbe quindi potuto – ed anche dovuto, per non rendersi inadempiente nei confronti del cessionario⁹⁷ – modificare la domanda e chiedere che la sentenza venisse pronunciata a favore dell'avente causa. In tal caso il cedente sarebbe sì rimasto parte processuale *ex lege*, ma da un punto di vista sostanziale avrebbe proseguito il giudizio in qualità di rappresentate del cessionario⁹⁸.

Dal canto suo, il debitore venutone a conoscenza avrebbe potuto opporre la cessione all'originario creditore che non avesse già provveduto sua sponte a modificare la domanda, ottenendo così che il provvedimento giudiziale venisse emesso direttamente a favore del cessionario. Contro la persona di quest'ultimo si sarebbero poi, a partire dal momento della conoscenza della cessione, dovute rivolgere le eccezioni di merito spendibili da parte del debitore ceduto nel processo, mentre il cedente sarebbe stato legittimato a porre in essere atti di rilevanza meramente processuale, con esclusione della facoltà di transigere o di disporre altrimenti del diritto o dell'azione.

Da ultimo, il cessionario sarebbe stato legittimato, ai sensi dei §§ 665-668 CPO, a farsi rilasciare copia esecutiva della sentenza emessa a suo favore, in ogni caso senza rischi di una duplicazione delle procedure esecutive a carico del debitore ceduto. Questi infatti, se notiziato della cessione in corso di causa, avrebbe potuto ottenere che la sentenza venisse pronunciata

96 Così FOERSTER/ECCIUS, *Preussisches*, cit., 668 s.

97 Come si vedrà anche in seguito, uno dei temi ricorrenti nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca, è costituito dalla equiparazione – ai fini degli effetti prodotti – degli atti di privata disposizione dei diritti con la conduzione e il risultato finale di un processo (in tal senso nella dottrina italiana si veda anche TROCKER., *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*, 491 ss., in part. 503, 555 s.). Più in particolare, nel caso di specie, era opinione corrente – probabilmente in un primo tempo indotta dalla concezione sostanziale del giudicato, quest'ultima particolarmente diffusa soprattutto nella Germania del XIX secolo, e poi resasi da essa via via indipendente – quella per cui la sentenza che avesse riconosciuto la titolarità del diritto in capo ad una delle parti senza che questa avesse appalesato la cessione del medesimo diritto compiuta in corso di causa, sarebbe comunque stata opponibile al successore lite pendente, di fatto “evincendolo” del diritto acquisito, ancorché si fosse trattato di una situazione giuridica di consistenza obbligatoria e, come tale, ripetibile da parte del debitore.

98 Come si vedrà in seguito, la teoria della rappresentanza oggettiva, nelle sue forme della rappresentanza perfetta e imperfetta, costituiva la costruzione teorica che, soprattutto nella dottrina francese e italiana del XIX secolo, aveva consentito di giustificare alcune eccezioni – tra cui quella relativa al successore lite pendente – alla limitazione dell'efficacia della cosa giudicata alle sole parti sancite negli artt. 1351 Code Napoléon e 1351 cod. civ. it. 1865 (sul punto si v. Pugliese, voce Giudicato; nonché in riferimento al tema della successione nel diritto controverso, De Marini, *La successione*, cit., 167, 241 s.; Pavanini, 153; nonché Widmann, *La successione*, cit., 95 ss.). E' dunque a quel retroterra giuridico-culturale che Eccius attingeva nel sostenere la sua ricostruzione della Relevanztheorie. E' probabile che nelle intenzioni dell'A. tale modifica della domanda non importasse una modifica dell'oggetto del giudizio come oggi si sarebbe portati a pensare, ma che con essa si determinasse unicamente l'indicazione del destinatario della prestazione. In tal senso, almeno sembra doversi interpretare il seguente passaggio: “Man wird in der Bezeichnung des andern Leistungsempfängers eine Aenderungs des Klageantrags ueberhaupt nicht finden koennen” (FOERSTER, *op. cit.*, 671)

direttamente a nome del cessionario; altrimenti, in caso di conoscenza sopravvenuta, avrebbe efficacemente potuto opporre il difetto di legittimazione del cedente in sede di opposizione all'esecuzione.

Questa era, in nuce, il nucleo originario di una *querelle* che avrebbe segnato le future discussioni in dottrina al riguardo dell'istituto disciplinato dal § 265 ZPO,

9. Le ragioni di una polemica

Possono tracciarsi – giunti a questo punto – alcune conclusioni che, per quanto provvisorie, possono contribuire a rendere esplicite le ragioni della polemica tra *Relevant- e Irrelevantztheorie*.

I sostenitori di quest'ultima erano sicuramente, alla luce dell'indagine storica condotta, più fedeli interpreti della volontà del legislatore storico. D'altro canto, però, i fautori della *Relevantztheorie* mettevano chiaramente in luce l'artificialità del meccanismo sotteso al § 265 ZPO, soprattutto nella sua concreta applicazione nell'ipotesi in cui la successione si verificasse dal lato attivo del rapporto processuale, ed in particolare nel caso in cui il processo avesse avuto ad oggetto una situazione sostanziale di consistenza obbligatoria⁹⁹. Scindere artificialmente e concettualmente il rapporto obbligatorio tra una realtà processuale, insensibile ad ogni possibile modificazione soggettiva, e la realtà della vita del diritto sostanziale dei traffici e degli scambi, era forse astrazione eccessiva per i tempi che quella norma avrebbe dovuto disciplinare¹⁰⁰ (e forse lo sarebbe anche ai giorni nostri¹⁰¹).

E' certo che ad innescare quella polemica dovette indubbiamente contribuire la scelta consapevole del legislatore storico tedesco di frustrare, al di là di ogni prevedibile necessità, le possibilità di partecipazione al processo del successore nel diritto controverso, in nome – forse – di un'eccessiva e malintesa volontà di tutelare la parte che non avesse dato luogo alla successione¹⁰².

Ancora, non si è forse mai messo sufficientemente a fuoco, nell'inasprirsi della polemica tra la *Relevantz-* e la *Irrelevantztheorie*, quanta influenza possa aver esercitato il cd. *Zweiparteienprinzip*, da cui risulta informato il processo civile tedesco, in una linea di tendenza, anche storicamente determinata¹⁰³, particolarmente visibile anche in materia di successione nel diritto controverso¹⁰⁴.

Il processo disciplinato dalla ZPO appare ancora oggi disciplinato all'insegna di un rigido intendimento della struttura bilaterale della lite, per cui le parti di ogni giudizio sono sempre e

99 E' ciò che del resto verrà sempre rinfacciato alla *Relevantztheorie*.

100 Eppure anche il diritto processuale moderno nasce da una scissione... dal diritto sostanziale. Eppure, ogni scissione analitica e concettuale della realtà può rivelerarsi pericolosa, se dimentica della propria origini. In tempi in cui non si distingueva il piano sostanziale da quello processuale, nel diritto classico romano, insegnavano i latini che l'obbligazione, giunta alle porte del giudizio, si estingue per consumazione, per far subentrare un altro *juris vinculum*: quello fondato sull'azione, l'obbligazione giudiziale, il rapporto giuridico processuale. Scindere analiticamente i piani della realtà è sempre possibile, ma purché si tenga sempre a mente che si tratta in fondo un una necessità logica di comprensione umana (*omni definitio per genus proximum e differentiam specificam!*). Il rischio subentra quando subentra il dogma. Allora non si perde il con la realtà

101 Il ché potrebbe leggersi come ammonimento, anche per l'attuale legislatore, dai pericoli che possono celarsi dietro una acritica e non riflettuta inversione dei rapporti tra rito e merito, come sembra avvenire anche nell'odierno filto in appello.

102 Anche uno dei primi sostenitori della *Irrelevantztheorie* come ARNDT, *Die Veräußerung cit.*, 322, noterà che la soluzione poi adottata dal legislatore di mortificare così tanto i poteri processuali del successore lite pendente non fosse assolutamente imposta da esigenze dogmatiche

103 Plank

104 Si tratta in realtà di un carattere costante del processo tedesco, anche di quello di diritto comune del XIX secolo. Lo stesso SCHMID, *Handbuch, cit.*, 116 s., nello scandire i passaggi essenziali della disciplina dell'avvicendamento del successore al proprio dante causa entro lo stesso rapporto processuale, riteneva necessario che: 1. una della parti processuali dovesse venire estromessa ("es muss eine Parteienperson aus dem Streitverhaeltnisse austreten"); 2. un altro soggetto dovesse essere legittimato a proseguire il giudizio ("es muss eine andere Person befugt sein, den begonnenen Process fortzusetzen"); 3. l'attività processuale svolta fino a quel momento dovesse ritenersi valida senza necessità di ratifica da parte del successore; 4. la validità del seguito del procedimento dipendesse dalla riassunzione della lite ad opera di una delle parti originarie o per intervento volontario del successore (il ché avrebbe escluso, secondo l'A., la possibilità di disporre nei suoi confronti l'*adcatatio*).

soltanto due, attore e convenuto¹⁰⁵, quand'anche più soggetti possano concorrere a costituire un'unica parte processuale in qualità di litisconsorti. Tale principio si riflette inevitabilmente anche nella disciplina degli esiti di un processo interessato da un fenomeno di successione nel diritto controverso, anche a prescindere dalla scelta operata dal legislatore storico tedesco di privare il successore della qualità di *streitgenoessicher Nebenintervenient*.

Si esaminano infatti le alternative. Il successore, di per sé, può solo dispiegare nel processo *einfache Nebenintervention* (mero intervento adesivo), nel qual caso non assume le vesti di parte processuale in senso proprio, ma di mero ausiliare della parte adiuvata (*Streithelfer* o *Streitgehilfe*), con poteri processuali estremamente ridotti¹⁰⁶.

Solo con il consenso delle parti originarie del processo¹⁰⁷ può essere legittimato ad assumere la lite al posto del proprio dante causa, con conseguente estromissione di quest'ultimo e simultaneo ristabilimento della bilateralità della lite.

In alternativa, e sempre con il consenso – in questo caso – della sola controparte, il successore può dispiegare intervento principale (*Hauptintervention*) nel processo. Anche in tale ultima ipotesi, tuttavia, il principio della struttura bilaterale del processo non subisce deroga dal momento che la *Hauptintervention* è configurata dalla ZPO come una controversia autonoma che corre parallela rispetto a quella principale, avente come terminazioni soggettive, da una parte, l'interveniente (*Hauptintervenient*) e, dall'altra in un unico polo processuale, le parti della controversia principale¹⁰⁸.

Dunque, qualunque sia la condotta processuale assunta dalle parti processuali, la controversia interessata da un fenomeno di successione nel diritto controverso proseguirà, secondo il disegno della ZPO, sempre e comunque in una dimensione strettamente bilaterale. Di qui il sospetto che tale peculiare carattere del processo tedesco abbia quantomeno contribuito ad imprimere al dibattito dottrinario quella direzione, che poi avrebbe effettivamente preso, così marcatamente segnata dal problema interpretativo di fondo relativo a quale sia l'oggetto del processo proseguito ai sensi del § 265 ZPO dalle parti originarie. In quest'ottica si spiega la fortuna che ha riscosso in Germania la chiave di lettura della disciplina della successione nel diritto controverso imperniata sulla antitesi tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie*.

Del resto, in un ordinamento processuale come quello tedesco, che esclude espressamente che il giudicato possa cadere su un rapporto pregiudiziale a quello deciso in mancanza di espressa domanda di parte (§ 256 II ZPO)¹⁰⁹, la distanza tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* sembra ridursi, fino al punto, quasi, di scomparire. Infatti, anche nel caso in cui si assuma – secondo i dettami della *Relevanztheorie* – che l'oggetto del giudizio, proseguito a compagine soggettiva invariata ex § 265 ZPO, sia il diritto proprio del successore, l'ambito oggettivo del giudicato non verrebbe tendenzialmente mai allargato alla questione, sottesa al rapporto di cessione, della legittimazione dell'avente causa¹¹⁰.

105 Si tratta di un principio che può dirsi pacifico in Germania. Si veda sul punto ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München, 2010, 201: "Jeder Zivilprozess hat zwei Parteien, von denen die eine gegen die andere Rechtsschutz begehrt: sogenanntes Zweiparteienprinzip. Ein mehrseitiges Verfahren, an dem mehr als zwei Parteien selbständig beteiligt, gibt es in Zivilsachen nicht". Si veda anche LÜKE, *Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess*, Tübingen, 1993, 1, che parla di *Zweiparteienstruktur*.

106 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 252, 256.

107 E' vero che il § 265 ZPO richiede espressamente solo il consenso della controparte. Ma la norma è interpretata oggi dalla dottrina prevalente nel senso che DINSTUEHLER, *Die Prozessuale Wirkungsweise des § 265 ZPO*, in ZJP, 1999, 61 ss., 78 s.

108 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 252, 269

109 Dispone, infatti, il secondo comma del § 256 ZPO: "Bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde". Sul punto si veda ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 876

110 DINSTUEHLER, *Die Prozessuale*, cit.

Nonostante tale osservazione, che escluderebbe in radice la ragione di ogni possibile distinzione, si nutre comunque il sospetto che la polemica tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* implichi un più profondo significato che solo una mancata visione d'insieme del fenomeno della successione nel diritto controverso ha – finora – potuto celare.

La questione sarà approfondita nel proseguo della ricerca, per ora appare opportuno seguitare nell'indagine storica per fornire maggiori spunti di osservazione e di analisi. La successiva piega che avrebbe preso in Germania il dibattito relativo all'istituto disciplinato dal § 265 si riconnette indissolubilmente agli sviluppi che gli studi processualistici avrebbero assunto sin a partire dagli inizi del XX secolo. Anche in questo caso ci si limiterà a mantenere il discorso nell'ambito proprio della discussione e delle principali tappe dell'istituto della successione nel diritto controverso, rimandandosi per l'analisi del contesto dogmatico-sistematico al successivo capitolo.

10. *Prozessstandschaft*, la svolta nella giurisprudenza tedesca e la modifica funzionale dell'istituto

In proseguo di tempo, la fortuna della *Relevanztheorie* sarebbe stata indissolubilmente legata all'elaborazione della figura della sostituzione processuale (*Prozessstandschaft*) ad opera del Kohler, che permise di offrire una congeniale spiegazione teorica al meccanismo operativo del § 265 ZPO, sganciandola dalla originaria tesi della rappresentanza. Il dante causa, lungi dal rappresentare il successore, ne avrebbe proseguito il giudizio in sostituzione processuale in forza di un potere di disposizione di schietto diritto sostanziale seppur – nel caso di specie – esplicantesi sul rapporto giuridico processuale, di cui ancora risultava titolare¹¹¹. Successivamente, il fondamento della sostituzione processuale venne in generale individuato da Hellwig in un potere di amministrazione sulla posizione sostantiva altrui (*Verwaltungsrecht*) concesso ad un soggetto diverso dal titolare del diritto, a cui si sarebbe stato ricollegato il potere processuale di farlo valere in giudizio (*Prozessfuhrungsrecht*)¹¹².

Non si mancava peraltro di sottolineare, da parte degli stessi autori che ne avevano sostenuto l'introduzione, alcune forzature necessarie per adattare la nascente figura della sostituzione processuale all'istituto della successione nel diritto controverso. Così non sfuggiva come il potere di amministrare la situazione giuridica altrui mancasse proprio al dante causa nella fattispecie disciplinata dal § 265 ZPO, il cui fondamento doveva quindi essere rinvenuto su di un piano eminentemente processuale¹¹³. Ancora, pur rilevandosi l'anomalia di una legittimazione straordinaria conferita ad un soggetto che si era oramai spogliato dell'interesse diretto in causa, laddove la legittimazione del sostituto era normalmente fondata su un proprio interesse nella lite, nondimeno – si sosteneva – la sostituzione processuale del dante causa *ex* § 265 ZPO doveva essere

111 La prima formulazione dell'istituto è data rinvenire in KOHLER, *Der Dispositionsniessbrauch*, in *Jherings Jahrbuecher*, 1886, 187 ss., in particolare, in riferimento all'istituto in esame, 319 s.: “Eine solche Prozessstandschaft findet ihre sofortige Erklarung in dem Dispositionsrecht: der Prozess ist keine Disposition, aber es kann der Erfolg einer Disposition haben; es ist daher sehr rationell, demjenigen, welchem das Dispositionsrecht zusteht, auch die Prozessstandschaft zu geben; und wie der Dispositionsberechtigte im eigenen Namen, nicht procuratorio nomine disponiert, und wie er kraft eigenen Rechts, nicht kraft einer Gestaltung des Proprietars veraeusert, so prozessiert er im eigenen Namen, und sein Prozess wirkt auf die Sache kraft des ihm zustehenden Rechts an der Sache: das Prozessrechtsverhaeltniss ist sein Rechtsverhaeltniss und die Prozessrechtsakte sind seine Akte; und dass diese Akte und dieses Rechtsverhaeltniss des Nichteigentuemers auf das Eigentum einwirken, beruht darauf, dass das Eigentum in seine Discretion gestellt ist”.

112 HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1903, 317 ss., nonché ID., *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1912, Aalen 1980, 166.

113 HELLWIG, *Lehrbuch*, cit., 328: “Lediglich auf prozessualen Gesichtspunkten beruht die Statuierung des Prozessfuhrungsrechts, das der Partei verbleibt, obgleich auf ihrer Seite waehrend des Prozesses eine Rechtsnachfolge stattgefunden hat. Dass sie es behaelt und dass es dem Rechtsnachfolger versagt wird, beruht hier lediglich auf einem reinen Prozessrechtssatz, bemisst sich also fur den deutschen Richter ausschliesslich nach unserem Rechte“ e 345. In senso analogo ID., *Anspruch und Klagrecht*, 2. Aufl., Leipzig, 1910, 129, n. 11.

riconosciuta in quanto era funzionale alla conclusione del processo ed imposta dall'interesse generale della giustizia ("*das allgemeine Interesse der Justiz*")¹¹⁴.

Tali prese di posizione meritano di essere evidenziate, e non solo per l'autorevolezza degli autori da cui provenivano. Esse evidenziano in realtà la consapevolezza che la *Prozessstandschaft* solo con una forzatura interpretativa rispetto alla sua normale funzionalità poteva adattarsi alle modalità operative proprie dell'istituto della successione nel diritto controverso riletto alla luce della *Relevanztheorie*¹¹⁵. Alla sua base non v'erano più – come in ogni altro ipotesi di sostituzione processuale – esigenze, imposte dal diritto sostanziale, di spiegare l'incidenza dell'altrui attività giuridica (la si definisca potere di disposizione o di amministrazione, in questa sede non rileva) sul rapporto giuridico di un terzo.

Era invece chiaro che nell'ipotesi disciplinata dal § 265 ZPO l'esigenza che giustificava l'impiego della *Prozessstandschaft* sarebbe stata esclusivamente processuale¹¹⁶. Ed anche l'invocazione di ragioni *latu sensu* pubblicistiche (quel "*allgemeine Interesse der Justiz*" evocato dal Kohler) per giustificare l'interpretazione del § 265 ZPO ispirata alla nuova lettura della *Relevanztheorie*, può forse sorprendere in un ordinamento processuale così profondamente liberale come quello tedesco. E tuttavia, quella aperta (e forse irriflessa) ammissione che l'istituto in esame potesse essere animato (anche) da una funzione pubblicista – pur sempre asservita all'interesse privato, della parte che all'esito del processo avesse ottenuto ragione – può rappresentare un sicuro indice di quello che ne sarebbe stato il successivo sviluppo¹¹⁷. Per ora basti qui rilevare come, per effetto dell'operata rilettura dell'istituto, il § 265 ZPO subiva una deformazione funzionale: in primo piano non v'era più solo ed esclusivamente la necessità di tutelare la parte che non aveva dato luogo alla successione, ma anche esigenze di economia processuale e di concentrazione della funzione giurisdizionale.

Tutte queste considerazioni non potevano impedire alla nuova lettura dell'istituto ispirata alla *Relevanztheorie*, e almeno apparentemente rinnovata dall'impiego dell'istituto della *Prozessstandschaft*, di diffondersi e trovare sempre nuovi consensi. La nuova ricostruzione fece presto breccia nella dottrina¹¹⁸ e, soprattutto, nella giurisprudenza del *Reichsgericht*. Quest'ultimo, già prima della fine del secolo, tributava la propria preferenza alla *Relevanztheorie*, ritenuta maggiormente rispondente al tenore letterale della norma e al suo scopo¹¹⁹.

114 KOHLER, *Ueber die Sukzession in das Prozessverhaeltniss*, in ZJP, 1888, 97 ss., 108, "*ein eigenes Interesse des Prozessstandschafters haeufig vorliegen wird, dass ein solches aber durchaus nicht immer erforderlich ist. Insbesondere ist eine Prozessstandschaft moeglich in Faellen, wo das Interesse der Erledigung der Prozesse, wo also das allgemeine Interesse der Justiz es verlangt, mithin namentlich, wenn es sich darum handelt, eine Succession in das Civilrecht zu ermoeeglichen, ohne die Zwecke des Prozesses zu vereiteln*".

115 Non è forse un caso che, anche in proseguo di tempo, una delle critiche più radicali che verrà opposta alla *Relevanztheorie*, non solo nel contesto tedesco ma anche in quello italiano, sarà la stessa possibilità di ravvisare, nella posizione processuale assunta dal dante causa rimasto parte in giudizio nonostante il trasferimento del diritto controverso, un'ipotesi di sostituzione processuale. Sul punto, si v

116 Hellwig lo ripeterà in tutte le sue opere; cfr. anche HELLWIG, *System*, cit., 368: "*Dieses Prozessfuehrungsrecht ist insofern exceptionell, als es nicht – wie sonst – der Ausfluss des Verwaltungsrechts ist und deshalb keine zivilrechtlichen Befugnisse umfasst*". Nonché HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, 156 s.

117 Soprattutto in Italia; si vedano in proposito i paragrafi ad essa dedicati

118 Emblematico del grado di reattività della dottrina nell'accogliere e far propria la nuova figura della *Prozessstandschaft* appare la posizione assunta da Dernburg, il quale, dopo avere accolto già nella prima edizione del suo manuale la *Relevanztheorie* come formulata da Eccius, già nella seconda edizione delle sue *Pandekten, I: Allgemeiner Teil und dingliche Rechte*, 2. Aufl., Berlin, 1888, 359, l'A. si adeguava alla nuova lettura dell'istituto datane da Kohler

119 Così, quasi letteralmente la sentenza del Civilsenat IV. del 7 ottobre 1897, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsache*, XL, Leipzig, 1898, 340 ss., in part. 343, secondo cui lo scopo del § 265 ZPO è solo quello di impedire che la posizione processuale della controparte possa risentirne pregiudizio a causa dell'avvicendamento della parte originaria con un soggetto incapiente (e quindi impossibilitato a rifondere le spese processuali) e a cui non potesse essere deferito giuramento decisorio. A questi fini sarebbe stato sufficiente interpretare restrittivamente l'affermazione secondo cui l'atto di cessione era influente sul processo, conferendovi un rilievo complementare e meramente processuale. Prospettare una irrilevanza anche ai fini della decisione sul merito avrebbe ecceduto rispetto alle intenzioni del legislatore, mettendo capo ad una inefficacia relativa dell'atto di cessione nei confronti della controparte processuale,

Di lì, il passo sarebbe stato breve nel pretendere che, a seguito dell'allegazione della cessione compiuta dall'attore in corso di causa, anche la domanda fosse mutata a favore del cessionario, pena il rigetto della stessa – restata immutata – in caso di deduzione e prova dell'avvenuta successione¹²⁰. Incidentalmente preme ancora una volta rilevare come le fattispecie che avevano dato impulso all'orientamento da ultimo assunto dal *Reichsgericht*, in senso favorevole alla *Relevanztheorie*, dovevano essere ancora una volta costituite da ipotesi di successione nel lato attivo del rapporto processuale, ed in particolare di fattispecie di cessione del credito¹²¹.

Sotto il profilo della cd. "*Umstellung des Antrags*" (la modificazione della domanda, appunto), si trattava in realtà di una necessità su cui non vi era concordia neanche fra i fautori della *Relevanztheorie*. Si è già visto come Eccius, originariamente, richiedesse la modifica della domanda da parte dell'attore perché quest'ultimo non si rendesse inadempiente nei confronti del cessionario e, d'altro canto, concedeva alla controparte di poter eccepire la cessione al solo scopo di venire condannato direttamente nei confronti dell'attuale titolare del diritto¹²². Dal canto suo, Kohler riteneva meramente opportuna e non necessaria ("*angezeigt, nicht nothwendig*") tale modifica, e – fra l'altro – solo nel caso di successione verificatasi dal lato attivo del rapporto processuale e di sentenza di accoglimento. Secondo l'A., infatti, anche la sola allegazione del trasferimento sarebbe stata una mera facoltà rimessa alla volontà delle parti del processo, e così l'emananda sentenza sarebbe dovuta intendersi come implicitamente pronunciata "a favore dell'attore o di chiunque se ne fosse reso successore in costanza di lite"¹²³.

Sarà il solo Hellwig a pretendere che, all'esito del trasferimento e indipendentemente dal fatto che questo si fosse verificato dal lato attivo o passivo del rapporto processuale, la domanda venga ad essere mutata a favore del cessionario, pena il rigetto della stessa ed impregiudicata la possibilità per il cessionario di far valere in un successivo processo il "proprio" diritto¹²⁴. Ed è a tale posizione che si associa, come visto, il *Reichsgericht*.

Con le ultime riferite vicende si compie il passaggio decisivo nella secolare evoluzione dell'istituto della successione nel diritto controverso in Germania, e si entra anche ufficialmente nell'attuale configurazione dei rapporti tra diritto e processo – e delle rispettive discipline accademiche – improntata ad una stringente ed impermeabile autonomia. E non è forse un caso che, a tenere a battesimo l'ultimo stadio di vita dell'istituto, sia stato proprio un Autore come Hellwig, a cui la dottrina successiva tributerà (o rimprovererà, secondo i punti di vista) il futuro indirizzo della scienza processualistica tedesca, soprattutto in riferimento all'enucleazione della dottrina del cd. *Streitgegenstand*¹²⁵.

che sarebbe stata in aperto contrasto con l'abrogazione del divieto romanistico di alienazione della *res litigiosa*, sancita dal primo Absatz del § 265 ZPO. Preme tuttavia rilevare come il *Reichsgericht* continuerà a qualificare il dante causa rimasto parte in causa come un rappresentante del successore ancora nella sentenza del Civilsenat IV. del 22 aprile 1911, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsache*, LXXVI, Leipzig, 1911, 215 ss., in part. 217

120 La prima pronuncia in cui si afferma tale principio è la sentenza del Civilsenat VI dell'11 gennaio 1904, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsache*, LVI, Leipzig, 1904, 301 ss., in part. 307 ss.. Questa si richiama espressamente alle conclusioni raggiunte dalla sentenza del 1897 in materia di rilevanza dell'atto di cessione (si veda la nota precedente) e prospetta la modificazione della domanda come una conseguenza necessaria (*notwendige Folge*) della soluzione accolta dalla prima. Altrimenti – si dice nel testo della motivazione – avrebbe perso ogni significato il primo comma del § 265 ZPO che dispone la libera alienabilità delle cose e delle pretese controverse. Non si vede perché – prosegue il testo della decisione – non possa essere eccepito al cedente di non essere più creditore, dal momento che questi perde tale qualità sin dal momento dell'atto di cessione ai sensi del § 398 BGB. In tal senso deporrebbe anche l'analogia con il caso costituito dal pegno di un credito controverso, ove sarebbe impensabile che il debitore venisse condannato al pagamento a favore del creditore pignorato. Già la successiva sentenza del Civilsenat IV. del 22 aprile 1911, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsache*, LXXVI, Leipzig, 1911, 215 ss., in part. 217, si limiterà a richiamare il precedente del 1904 per fondare la medesima tesi.

121 In questo senso tutte le decisioni citate alle note precedenti, cui si aggiunga anche la sentenza RGH, V, del 12 giugno, 1901, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsache*, IL, Leipzig, 1902, 363 ss.,

122 Si veda il paragrafo precedente. Si riporta il passaggio

123 KOHLER, *Ueber die Sukzession*, cit., 111 s.,

124 HELLWIG, *Wesen*, cit., 155; ID., *System*, cit., 368 s.

125 Henckel

Di qui il sospetto che anche l'istituto disciplinato dal § 265 ZPO sia rimasto influenzato in modo non indifferente dai nuovi orientamenti di cui si stavano nel frattempo gettando le basi in Germania. Il punto verrà ripreso nel capitolo successivo, per ora quel che preme è mettere debitamente a fuoco le conseguenze che la tracciata evoluzione dell'istituto aveva prodotto dal punto di vista applicativo.

In primo luogo, non è chi non veda come la complessiva rilettura dell'istituto e soprattutto l'affermata necessità di procedere – una volta che la successione fosse stata allegata – ad un mutamento della domanda avrebbe di fatto frustato non solo l'esigenza di tutela per cui il § 265 ZPO era stato scritto (la tutela della parte che non avesse dato luogo alla successione), ma anche quelle ragioni pubblicistiche (di economia processuale e di concentrazione dei giudizi) in nome delle quali quella rilettura si sarebbe voluta imporre.

Con la nuova impostazione data all'istituto era infatti fatale che – una volta che l'attore si fosse rifiutato di modificare la domanda, anche se per un motivo (ritenuto soggettivamente) legittimo – si aprisse per il convenuto il rischio di vedere rigettata la domanda attorea per il solo ed assorbente motivo dell'intervenuta cessione. La controparte avrebbe infatti perso la legittima aspirazione ad un provvedimento che gli potesse fornire una tutela maggiormente preclusiva anche nei confronti del cessionario – ad esempio, con l'accertamento pieno dell'inesistenza del diritto originariamente azionato – con la conseguente necessità di impegnare ancora una volta la via giudiziale.

11. (segue)... e la sua incidenza sull'ambito di applicazione dell'istituto

Quella riferita non è tuttavia la sola modificazione che subisce l'istituto per effetto della rilettura offertane dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

E' infatti in quest'ultimo turno di tempo, e precisamente all'inizio del secondo decennio del XX secolo, che si attesta la prima formulazione – ad opera Eckard Meister – di un principio che tanta influenza avrebbe esercitato nei decenni a venire, in riferimento alla definizione dell'ambito di applicazione del § 265 ZPO.

Si inizia, infatti, ad affermare come – contrariamente a quella che era stata l'intenzione dei redattori della *Zivilprozessordnung* e anche alla storia pregressa dell'istituto – il dato caratteristico (*das Charakteristikum*) nonché il fine di tale norma risiedesse tipicamente nella necessità di neutralizzare il riverbero processuale di un atto di disposizione che, in mancanza di espressa disciplina, avrebbe determinato il rigetto della domanda per sopravvenuto difetto della *Sachlegitimation*¹²⁶. Ne discendeva che il § 265 ZPO avrebbe dovuto trovare applicazione solamente nei casi in cui, per effetto dell'atto di disposizione compiuto in corso di causa, si fosse trasferita a terzi senza residui quella stessa posizione giuridica – anche se non necessariamente quella controversa¹²⁷ – su cui fondava la qualità di parte processuale.

126 Accenni in tal senso si rinvencono già in HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, 149 ss., 331 ss., 338, il quale tuttavia non porta però tali premesse alle loro estreme conseguenze (*op. cit.*, 170). Tuttavia, la prima tematizzazione consapevole di tale principio si rinviene per la prima volta in SCHUMAN, *Streitbefangenheit und Rechtsnachfolge als Voraussetzungen der §§ 265 und 266 der Zivilprozessordnung*, Strausburg, 1910, 63 ss., 65 s., e particolarmente in MEISTER, *Die Veraeussierung in Streit befangener Sachen und Abtretung rechtshaengiger Ansprueche nach § 265 ZPO*, Leipzig, 1911, 6 ss., dove l'A afferma di aver per la prima volta “den Begriff der Sachlegitimation erwaeht und den Verlust der Sachlegitimation als ein entscheidendes Merkmal aller dem § 265 ZPO unterliegenden Faelle aufgestellt”, e dove l'autore lamenta la mancanza di uniformità delle opinioni in dottrina relative al concetto di Sachlegitimation.

127 Sulla non necessaria coincidenza tra l'oggetto del processo e il diritto oggetto del trasferimento, sono perentorie le parole del primo assertore di tale dottrina. Si veda al riguardo MEISTER, *Die Veraeussierung*, cit., 12 s.: “In dem Verlust der Sachlegitimation auf Grund einer Aenderung der materiellen Rechtslage habe ich ein Erkennungszeichen fuer die Anwendbarkeit des § 265 gesehen. Die Sachlegitimation aber geht verloren durch einen Verlust der sie begruendenden Umstaende. Als solche aber sind, wie oben gezeigt, nur denkbar entweder ein materielles Recht, sei es dass dieses zugleich die subjektive Seite des anhaengigen Rechtsverhaeltnisses, sei es dass es ein eigenes zur Geltendmachung des anhaengigen fremden Rechts befugendes ist oder eine rechtsbedeutsame Tatsache”. E, ancora di seguito: “Aber nochmals betone ich: nicht braucht dieses Recht auch die subjektive Berechtigung des Prozessgegenstands zu sein; es kann ebensogut ein von diesem verschiedenes, aber zu dessen Ausuebung im eigenen Namen befugendes Recht darstellen”.

Tralasciando per il momento il problematico significato della nozione di *Sachlegitimation* che giusto in quel torno di tempo stava conoscendo una modifica semantica e concettuale¹²⁸, può rivelarsi proficuo già in questa sede evidenziare i motivi che avrebbero spinto ad esprimere con una formula apparentemente processuale (la nozione di perdita della *Sachlegitimation*) quella che – per espressa ammissione del suo autore – avrebbe dovuto in realtà consistere in una caratteristica, del tutto empirica e rilevata *a posteriori*, che all’istituto in esame derivava dal diritto sostanziale applicato in Germania e delle forme di tutela da esso disciplinate¹²⁹. Il punto richiede una preliminare annotazione in relazione ad alcuni caratteri strutturali del diritto privato tedesco, su cui si avrà modo di ritornare nel proseguo della ricerca.

In un ordinamento che non conosce il principio consensualistico e, con esso, la figura di un contratto idoneo a dare vita insieme ad effetti obbligatori (art. 1173 c.c.) ed effetti reali (art. 1376 c.c.), il sistema contrattuale tedesco risulta informato al principio della separazione (*Trennungsprinzip*) tra negozi meramente obbligatori (*Verpflichtungsgeschaeft*), fonte di diritti di credito, e negozi di disposizione (*Verfuegungsgeschaeft*) destinati a produrre la modificazione degli assetti proprietari. Il congiunto operare del principio dell’astrazione (*Abstraktionsprinzip*) di questi ultimi nei confronti dei primi¹³⁰ converge nel determinare una netta divaricazione, nell’ambito delle situazioni di vantaggio, tra diritti reali e diritti di credito¹³¹ e, in via consequenziale, ad una sistematica e stringente separazione tra diritto delle obbligazioni e diritto sulle cose (“*systematische Unterscheidung zwischen Schuld- und Sachenrecht*”)¹³². Se a tutto ciò si aggiunge che dall’area del ‘classico’ diritto patrimoniale tedesco risultano escluse forme di tutela giudiziale di natura costitutiva e che l’impugnativa contrattuale ha luogo in via stragiudiziale – cosicché l’effetto ripristinatorio ad essa conseguente si verifica a monte del processo – non può sorprendere come, nell’impianto profondamente liberale del BGB e della ZPO, non si diano ipotesi in cui un’azione meramente personale possa mettere in discussione assetti patrimoniali di consistenza reale tra le parti. Ciò che, dal punto di vista del sistema rimediale tedesco, si traduce in un tendenziale dualismo tra strumenti di tutela reale e rimedi restitutori meramente obbligatori (“*Dualismus von dinglichem Herausgabeanspruch und Bereicherungsanspruch*”¹³³) i quali, al netto di alcune situazioni limite, vengono difficilmente a sovrapporsi.

Su tale sfondo si spiega la preoccupazione principale di Eckard Meister, intento a definire le condizioni in virtù delle quali – sulla base del diritto sostanziale applicato in Germania – la proprietà su una cosa (*Sache*) potesse dirsi effettivamente controversa (*streitbefangen*) e non solo pretesa (*beansprucht*)¹³⁴; e, di qui, l’asseverazione che solo un’azione reale avrebbe posseduto

128 Hellwig

129 E’ lo stesso Meister ad evidenziare come la sua interpretazione affondasse le proprie radici nel diritto sostanziale tedesco: sul punto si veda MEISTER, *Die Verausserung*, cit., 17: “*bei welchem im Prozess streitigen Rechten und Anspruechen eine Sache streitbefangen wird im Gegensatz zu den auch im Prozess geforderten, aber nicht litigioesen, das ist eine Frage, die lediglich aus dem materiellen Recht beantwortet werden kann und muss*”

130 Nel senso che l’invalidità del negozio obbligatorio non si ripercuote sul negozio di disposizione

131 Sul punto GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, 23: “Un momento di emersione e di rilevanza della distinzione tra diritti reali e diritti di credito può rinvenirsi nei paesi di lingua tedesca ove, in modo conforme alla tradizione del diritto comune, per l’acquisto derivativo a domino di un diritto reale si richiede, diversamente che per l’acquisto di un diritto di credito, oltre al *titulus acquirendi* anche il *modus acquirendi*: il primo costituito da un contratto (vendita, donazione, etc.) produttivo di un’obbligazione di dare; il secondo, costituito da un atto di disposizione, immediatamente produttivo del trasferimento del diritto”

132 Così, tra tutti gli autori tedeschi, STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tuebingen, 1996, 98: “*Mit seinem umfassenden, eigenstaendigen Sachenrecht unterscheidet sich das BGB grundlegend vom Code Civil oder etwa dem preussischen ALR. Fuer die Verfasser des Ersten Entwurfs des BGB war die Trennung vom Schuld- und Sachenrecht die zwangslaeufig-logische Konsequenz aus dem wesensmaessigen Gegensatz von dinglichen und persoenlichen Rechten – ein Axiom, das naeherer Erlaeuterung nach ihrem Verstaendnis kaum bedurfte*”

133 STADLER, *Gestaltungsfreiheit*, cit., 224

134 MEISTER, *Die Verausserung*, cit., 16: “*Als Gegenstaende der Verfuegung bezeichnet das Gesetz die in Streitbefangene Sache [...] nicht jede Sache, sondern nur die in Streit befangene. Was soll das heissen? Wird dann nicht jede Sache, um die im Prozess gestritten, die im Prozess geltend gemacht wird, auch in Streit befangen? Oder sollte es Sachen geben, die zwar im Prozess von den Parteien beansprucht werden, und die doch nicht in Streit befangen sind?*”

simile virtù¹³⁵. Infatti, solo vantando a monte un diritto reale su una cosa in quell'ordinamento si sarebbe fatto valere una relazione di assoluta e immediata preminenza sulla cosa, come tale opponibile anche ai terzi.

Tale conclusione – come si vedrà in seguito – non rappresentava una assoluta novità: che le azioni personali non avrebbero reso controversa la proprietà della cosa costituiva un'acquisizione, se non del tutto incontrovertibile, quanto meno diffusa nella dottrina tedesca¹³⁶. Nuova sarebbe stata unicamente la sua formulazione, affidata alla nozione di *Sachlegitimation*, che doveva servire ad evidenziare il meccanismo operativo su cui si fondava il § 265 ZPO: solo in pendenza di un'azione reale il trasferimento della proprietà sulla cosa avrebbe fatto venir meno la situazione legittimante su cui si fondava la qualità di parte processuale¹³⁷, ciò che non si sarebbe invece verificato nel caso di un'azione personale, in cui ad essere controversa era solo la pretesa personale (*schuldrechtlicher Anspruch*) volta al trasferimento della proprietà.

L'assoluta novità per la dottrina del tempo sarebbe invece derivata dalla pretesa di voler generalizzare quello che si riteneva il dato indefettibile del § 265 ZPO. Le fattispecie che, per Eckard Meister, avrebbero costituito il banco di prova della nuova lettura dell'istituto sarebbero state rappresentate dalle ipotesi di cd. successione costitutiva (*konstitutiver Rechtsnachfolge*)¹³⁸. E, ancora una volta, per dimostrare la correttezza dell'assunto da cui si muoveva, l'autore avrebbe inconsapevolmente sfruttato un'intrinseca diversità di struttura e di comportamento (dal punto di vista sostanziale, ma anche processuale) delle situazioni di vantaggio a seconda che queste avessero avuto consistenza reale piuttosto che meramente obbligatoria.

Si faceva l'esempio del pegno del credito o della costituzione su di esso di un usufrutto in corso di giudizio: in tal caso la costituzione del diritto di garanzia o di godimento avrebbe sottratto al costituente la legittimazione a riscuotere il credito (il ché – deve rilevarsi – si verificherebbe

Was ist aber dann die in Streit befundene Sache, wenn es nicht jede in dem Prozess geltend gemachte ist?"

135 a MEISTER, *Die Veraussetzung*, 58 ss. può essere illustrata a margine di un esempio. Si contrapponevano le fattispecie costituite dall'azione di rivendica del proprietario e dall'azione del compratore per ottenere il trasferimento della proprietà e la consegna della cosa. Ora, in forza del contratto di compravendita (*Kaufvertrag*), acquista una mera pretesa obbligatoria (*schuldrechtlicher Anspruch*) avente ad oggetto il futuro trasferimento (*Uebereignung*) della proprietà, il cui passaggio si perfezionerà soltanto al momento della stipula del contratto definitivo per i beni immobili (con la *Auflassung* e relativa *Eintragung* nei libri fondiari), ovvero della consegna (*Uebergabe*) per i beni mobili. In costanza di una simile conformazione dei rapporti patrimoniali, informati ad una stringente separazione tra diritti di obbligazione e diritti reali, soltanto l'azione di rivendica avrebbe reso la cosa controversa perché con essa si sarebbe fatta valere una situazione di vantaggio di assoluta preminenza sulla cosa (*dinglicher Anspruch*). Al contrario l'acquirente non avrebbe potuto che far valere nei confronti dell'alienante una situazione giuridica deteriore, meramente obbligatoria, destinata a cedere di fronte al maggior diritto (reale) di cui si fosse reso cessionario un terzo.

136 Rimando al secondo capitolo

137 Il ché poi nell'ordinamento tedesco risponde a verità, dal momento

138 In questo senso, infatti, MEISTER, *Die Veraussetzung*, 58 ss., dove l'A., sulla base dell'assunto che l'istituto della successione nel diritto controverso ruoterebbe intorno al concetto di perdita della "Sachlegitimation", esclude dall'ambito di applicazione del § 265 ZPO le ipotesi in cui, in pendenza di un'azione di rivendica, si verifichi un'ipotesi di successione costitutiva (concessione di un usufrutto). In tali casi, infatti, la Sachlegitimation rimarrebbe "unberührt". Si tratta della prima formulazione consapevole di tale insegnamento, che sembra successivamente imporsi nella dottrina tedesca, tanto da risultare "herschende" verso la fine degli anni '40 (in questo senso Bettermann) e, poi solo "verbreitet" sul finire degli anni '60 (così Grunsky, *Die Veraussetzung der streitbefundenen Sache*, Tuebingen, 1868, 34, n. 11). Oggi le posizioni della dottrina risultano essersi sensibilmente ammorbidite in conseguenza di un minore accanimento dogmatico sull'istituto in esame e della riscoperta della originaria scaturigine dell'istituto. La formula secondo cui il § 265 ZPO ha ad oggetto quelle fattispecie che avrebbero determinato la Verlust der Sachlegitimation, risulta essere ancora tralasciata e sopravvissuta. Da essa però non è fatta più discendere la conseguenza che, in ipotesi di successione costitutiva il § 265 ZPO non troverebbe più applicazione. In tal senso, esemplificativamente, Schilcken, il quale riferisce che la tesi che ritiene applicabile il § 265 ZPO anche in ipotesi di acquisto di una mindere Rechtsstellung, è oggi incontrovertibile. Sul punto si avrà modo di tornare nel terzo capitolo del presente lavoro.

ancora oggi nell'ordinamento italiano, giusta la previsione degli artt. 1000 e 2800 ss. c.c.)¹³⁹, con conseguente necessità di applicare – a tutela del debitore convenuto – il § 265 ZPO¹⁴⁰.

Al contrario – si osservava – la costituzione di un pegno o un usufrutto sul bene rivendicato non avrebbe intaccato la *Sachlegitimation* del proprietario, il quale non avrebbe pertanto incontrato nessun ostacolo nel (continuare a) perseguire o difendere in sede giudiziale il proprio diritto di proprietà¹⁴¹. Di qui la conclusione: dato che la successione costitutiva intervenuta su un diritto reale sarebbe stata già di per sé ininfluenza sulla *Sachlegitimation*, l'applicazione del § 265 ZPO si sarebbe rivelata superflua¹⁴².

Non è chi non veda come tale interpretazione costituisse esito del tutto imprevedibile per il legislatore storico tedesco. Secondo il suo originario disegno, infatti, ogni atto di disposizione incidente in qualunque modo sulla *res in judicium deducta* avrebbe dovuto essere fittiziamente postergato all'esito del giudizio, come se fosse avvenuto solo alla conclusione del processo; di talché ogni possibile acquisto in via derivativa in pendenza di un'azione reale avrebbe automaticamente innescato la disciplina della successione nel diritto controverso. Ora, invece, il risultato della nuova lettura dell'istituto, incentrato sulla figura della *Prozessstandschaft*, doveva infine essere quello di escludere dall'ambito di applicazione del § 265 ZPO tutte quelle ipotesi in cui la *Sachlegitimation* fosse rimasta impregiudicata dall'atto di disposizione del diritto in pendenza di lite, e dunque il dante causa non avrebbe potuto assumere le vesti di sostituto processuale del successore.

Sul tema dell'ambito applicativo dell'istituto in esame si tornerà diffusamente nel terzo capitolo del presente studio. Per ora però preme rilevare come l'insegnamento riferito avrebbe costituito – in progresso di tempo – il germe per un'ulteriore mortificazione di quelle ragioni di tutela che l'istituto in esame avrebbe dovuto apprestare alla controparte estranea alla successione.

Invero, al momento della prima formulazione della tesi che intravedeva il dato caratteristico del § 265 ZPO nella nozione della “perdita della *Sachlegitimation*” ancora non ne sarebbe dovuto discendere, per tali ultime ipotesi che si pretendevano escluse dal suo ambito applicativo, il corollario della contestuale disapplicazione anche del § 325 ZPO (o, almeno, tale corollario non risultava consapevolmente formulato)¹⁴³. Il successore a titolo particolare in una situazione giuridica oggettivamente diversa da quella costituente l'oggetto precipuo del giudizio sarebbe comunque stato soggetto agli effetti (diretti) della sentenza pronunciata contro il proprio autore.

In progresso di tempo, tuttavia, tale impostazione, unita all'esigenza – da sempre avvertita¹⁴⁴ – di coordinare l'ampia nozione di successore (*Rechtsnachfolger*) contenuta nel § 325 ZPO con le più specifiche ipotesi di trasferimento della *res litigiosa* (*Veraussetzung und Abtretung*) contemplate dal § 265 ZPO, avrebbero indotto parte autorevole della dottrina a trovare il punto di equilibrio tra le due disposizioni nel senso – maggiormente restrittivo – fatto proprio dalla seconda di esse¹⁴⁵.

139 MEISTER, *Die Veraussetzung*, 58: “Bestellt z. B. der Glaebiger ein Pfandrecht oder einen Niessbrauch an seiner Forderung, so verliert er das Einziehungsrecht vollstaendig oder doch als alleiniges. Tut er das pendente lite, so kann er nicht mehr vom Schuldner Leistung an sich fordern. Er ist nicht mehr sachlegitimiert, sondern entweder nur er und der Pfandglaebiger oder Niessbraucher gemeinschaftlich oder letzere allein”

140 MEISTER, *Die Veraussetzung*, 59: “Die Konsequenzen

141 MEISTER, *Die Veraussetzung*, 58 s.

142 Widmann

143 Si ricorderà come, a seguito della Novelle del 1898, l'unitaria disciplina della successione nel diritto controverso in origine ricompresa nel solo § 236 CPO, venne ad essere suddivisa tra il § 265 – che disciplinava le sole conseguenze dell'atto di trasferimento del diritto controverso sul processo – e il § 325 ZPO, il quale ultimo avrebbe costituito la norma di riferimento per la disciplina dei limiti soggettivi del giudicato.

144 Il punto meriterebbe maggior approfondimento e rilevanza per il parallelismo che può essere instaurato con l'apparente HELLWIG, *Wesen, cit.*, 332: “Die Rechtskafterstreckung bestimmt sich nicht danach, ob die Streitbefangenheit gegeben ist, sondern umgekehrt haben wir fuer das heutige Recht bei der Frage, ob Litigiositaet vorliegt, die aus § 325 ZPO sich ergebende Antwort auf die Frage, ob Rechtskafterstreckung eintritt, zu verwerten”

Di qui la conclusione: alla successione lite pendente in una situazione giuridica oggettivamente diversa da quella oggetto del giudizio¹⁴⁶ non avrebbe trovato applicazione – non solo il § 265 ZPO, ma – neanche il § 325 ZPO¹⁴⁷ (né tanto meno al § 727 ZPO disciplinante l'ambito soggettivo di efficacia esecutiva della sentenza). Dunque, l'emananda sentenza non avrebbe avuto alcun effetto – né di accertamento, né esecutivo – nei confronti del beneficiario di un diritto di usufrutto o di ipoteca acquistato in corso di giudizio, con il risultato che la controparte avrebbe dovuto instaurare contro tali soggetti un nuovo giudizio.

Non sembra potersi negare che quello che si è brevemente riassunto nelle pagine precedenti abbia rappresentato il risultato di un vasto ed immane fenomeno collettivo di reinterpretazione (*rectius*: di riscrittura) dogmatica dei §§ 265 e 325 ZPO. Verso di esso dovevano congiurare, da una parte, l'elaborazione di istituti giuridici sconosciuti al legislatore storico tedesco (come la *Prozessstandschaft*) e, da un'altra, le ambiguità insite nell'impiego di antiche e controverse nozioni giuridiche (come quella relativa alla *Sachlegitimation*) che – come si vedrà – andavano subendo un fenomeno di traslazione concettuale per adattare alle nuove impostazioni dogmatiche di base della civilprocessualistica del XX secolo.

Si tratta tuttavia – è il caso di precisarlo sin d'ora – di un approccio dogmatico all'istituto in esame che non ha retto al realismo dei tempi più recenti. In particolare, in riferimento alla successione costitutiva, non v'è oggi chi neghi che anche ad essa il § 265 ZPO possa trovare piena (o quanto meno analogica) applicazione¹⁴⁸, demandandosi semmai all'interprete lo sforzo di rinvenire una confacente spiegazione sistematica al fenomeno.

Di tutto ciò si tenterà di dar conto nelle sedi più opportune.

12. L'interpretazione consolidata nella dottrina tedesca del § 265 ZPO

L'interpretazione consolidata nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche dell'istituto disciplinato dai §§ 265 e 325 ZPO rappresentano il retaggio dell'evoluzione che si è tentato di tratteggiare.

In caso di successione dal lato attivo – per una tradizione che risale direttamente al Kohler il quale avrebbe preso ancora una volta a modello la fattispecie della cessione del credito¹⁴⁹ – si ritiene che, secondo i dettami della Relevanztheorie, l'alienante prosegua il giudizio in qualità di sostituto processuale del cessionario, a favore del quale dovrà essere formulata la domanda e la corrispondente pronuncia giudiziale.

Diversamente stanno le cose invece in ipotesi di successione dal lato passivo del rapporto processuale. In tal caso, infatti, l'applicazione del medesimo principio si sarebbe rivelata impraticabile per l'impossibilità anche solo di concepire che destinatario diretto della sentenza (ad esempio di rivendica) potesse risultare un soggetto (l'acquirente da parte del convenuto) che non avesse partecipato al processo nel quale la pronuncia si sia formata. Di qui, per tali casi, l'affermata applicabilità della *Irrelevanztheorie*, in forza della quale la sentenza emessa all'esito del giudizio

145 In questo senso BETTERMANN, *Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft*, Hamburg, 1948, 65 s., secondo cui: “§ 325 zieht also die Konsequenz aus dem Grundsatz, dass die Veraeusserung des Streitgegenstand und der damit verbundene Verlust der Aktiv- oder Passivlegitimation unbeachtlich ist. § 325 ergaenzt den § 265, mit dem er engstens verbunden ist. Dementsprechend muss das Wort ‘Rechtsnachfolge’ in § 325 seine Auslegung von § 265 her erfahren, muss also mit dem identifiziert werden, was man in dessen Abs. I unter ‘Veraeusserung’ und ‘Abtretung’ und im Abs. II unter ‘Rechtsnachfolge’ versteht”

146 Si preferisce usare tale formula per la maggiore familiarità della dottrina italiana con l'espressione

147 BETTERMANN, *Die Vollstreckung*, cit., 68 ss., e in part., 70, secondo il quale nel § 325 ZPO si sarebbero potuti intravedere due diversi principi: da una parte la soggezione alla sentenza emessa contro il proprio autore di ogni successore a titolo particolare *post rem judicatam*; dall'altro il vincolo del successore lite pendente nelle sole ipotesi in cui si fosse data applicazione del § 265 ZPO, e dunque solo allorché il trasferimento del diritto controverso avesse condotto alla “*Verlust der Sachlegitimation*” del dante causa, il quale sarebbe stato legittimato a proseguire il giudizio in sostituzione processuale dell'avente causa.

148 In tal senso, più di recente, SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation im Zivilprozessrecht*, Koeln, 1987, 68 s., secondo il quale: “*Einigkeit besteht auch darueber, dass die Einraeumung einer minderen Rechtsstellung als des Vollrechts, z. B. eines Pfandrechts, ebenfalls den Regeln der §§ 265, 325, 727, 731 ZPO unterliegt*”.

149 KOHLER, *Ueber die Sukzession*, cit., 109 s.,

viene pronunciata formalmente a nome del convenuto alienante, mentre l'attualizzazione del titolo esecutivo nei confronti del successore sarebbe avvenute nelle forme proprie del procedimento ex §§ 727-731 ZPO¹⁵⁰.

Su tale consolidato sfondo, il tentativo – per quanto autorevole – intrapreso verso la fine degli anni '60 da Grunsky di estendere l'ambito di applicazione della *Relevanztheorie* anche alla successione verificatasi dal lato passivo, in caso di azione di accertamento e di condanna ad una prestazione futura, non sembra invece aver trovato accoglimento, né dottrina, né nella giurisprudenza¹⁵¹.

Ma il nome di Grunsky resta indissolubilmente associato ad un'altra proposta interpretativa che, del pari, non ha suscitato molti consensi nella dottrina tedesca, ma che risulta preziosa per comprendere la collocazione sistematica che il § 265 ZPO assume nell'ordinamento sostanziale tedesco e, più in particolare nelle forme di tutela.

Afferma infatti l'autore¹⁵² che, in ogni azione di condanna ad una prestazione già scaduta avente ad oggetto una cosa specifica, l'esigenza di tutelare l'attore che ha ragione – e che avrebbe già conseguito la prestazione dovuta se il debitore avesse adempiuto spontaneamente – imporrebbe di considerare il trasferimento compiuto dal convenuto non solo irrilevante nel processo, ma anche inefficace dal punto di vista sostanziale (*materiellrechtlich unwirksam*)¹⁵³. Ne consegue che il § 265 ZPO avrebbe dovuto trovare applicazione anche alle ipotesi in cui l'attore potesse vantare, sulla cosa trasferita lite pendente, la titolarità una situazione di vantaggio di carattere meramente obbligatorio (*obligatorische Ansprueche*) e non solo reale¹⁵⁴. La fattispecie caratterizzante che doveva valere ad esplicitare la costellazione dei casi a cui Grunsky riteneva di poter applicare l'istituto della successione nel diritto controverso era l'azione del compratore per ottenere il trasferimento della proprietà e la consegna della cosa¹⁵⁵.

Diverse sono state le critiche che ha attirato su di sé la proposta riferita¹⁵⁶. Per quel che qui interessa – nella speranza di ritornarvi più avanti – può anticiparsi che esse colgono nel segno dal momento che tale interpretazione si pone in insanabile contrasto con il diritto sostanziale tedesco.

Infatti, in forza dei principi dell'astrazione (*Abstraktionsprinzip*) e della separazione (*Trennungsprinzip*) vigenti in Germania il compratore, al momento della stipulazione del contratto di compravendita (*Kaufvertrag*), acquista una mera pretesa obbligatoria avente ad oggetto il futuro trasferimento (*Uebereignung*) della proprietà, il cui passaggio si perfezionerà soltanto al momento della stipula del contratto definitivo per i beni immobili (con la *Auflassung* e relativa *Eintragung* nei libri fondiari), ovvero della consegna (*Uebergabe*) per i beni mobili. Fino a quel momento il futuro alienante resta proprietario del bene ed è dunque libero di trasferirlo efficacemente a terzi, salvo rendersi inadempiente nei confronti del primo promissario acquirente.

150 Può pertanto sembrare quasi paradossale che l'istituto oggetto del presente studio evidenzi – per tutta la durata della sua lunga evoluzione – come dato costante un trattamento differenziato delle due ipotesi applicative; nonostante la diversità del contesto dogmatico di riferimento e le motivazioni addotte a sua giustificazione.

151 GRUNSKY, *Die Veraeusseung der streitbefangenen Sache*, Tuebingen, 1868, 188 ss

152 GRUNSKY, *Die Veraeusseung*, cit., 211 ss.

153 GRUNSKY, *Die Veraeusseung*, cit., 250

154 GRUNSKY, *Die Veraeusseung*, cit., 255. A tale conclusione perviene Grunsky sulla base di una stringente interpretazione della pretesa alla tutela giudiziaria esercitata dall'attore (*Justizgewaehrungsanspruch*) – ricostruita sulla base dei §§ 292 Abs. 2, 209, 941, 1384, 1387, 1933 BGB, nonché § 140 Abs. 2 HGB – in forza della quale non sarebbe lecito per il convenuto trarre alcun vantaggio dal tempo necessario per lo svolgimento del processo (cfr, sul punto GRUNSKY, *Die Veraeusseung*, cit., 211 ss.)

155 L'esempio è tratto da HENCKEL, *Zur Auslegung des § 265 ZPO*, in ZZP, 1969, 333 ss., 357, nell'ambito di una recensione in cui l'autore prende posizione critica nei confronti della proposta interpretativa formulata da Grunsky. Sull'inapplicabilità del § 265 nel caso prefigurato si veda, tra i tanti, anche SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation*, cit., 75

156 Le si vedano riferite in HENCKEL, *Zur Auslegung des § 265 ZPO*, in ZZP, 1969, 356 ss.; nonché in SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation*, cit., 24.

Ammettere in tale ipotesi l'applicabilità del § 265 ZPO avrebbe significato per l'attore ottenere con il processo più di quanto il diritto sostanziale stesso non gli consentisse¹⁵⁷, oltre che pregiudicare il diritto prevalente del terzo che si fosse reso acquirente – definitivo, e non in forza del solo contratto obbligatorio di compravendita – del bene controverso in corso di causa.

In ogni caso, al di là del generale rifiuto per l'impostazione riferita, si è andato affermando nella dottrina d'oltralpe un approccio eminentemente casistico nella determinazione dell'ambito applicativo del § 265 ZPO. In tale contesto, anche la netta e stringente ripartizione tra diritti di credito e diritti reali a cui risultano informate le situazioni di vantaggio nell'ordinamento tedesco, non è stata di ostacolo al riconoscimento che anche una pretesa meramente obbligatoria potesse rendere 'controverso' un bene, purché – si è autorevolmente sostenuto – “il riconoscimento della titolarità del diritto controverso risulti inseparabile dagli assetti proprietari relativi al bene stesso”¹⁵⁸.

Si è così riconosciuto, ad esempio, che anche le azioni scaturenti dal contratto di affitto o di locazione, ancorché proposte dal conduttore, rendano controversa la cosa locata, e dunque che la emananda sentenza sia opponibile ed eseguibile anche nei confronti dell'acquirente della stessa in corso di giudizio¹⁵⁹. Ancora, il § 265 ZPO è ritenuto pacificamente applicabile dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesca alle azioni di impugnativa di delibere societarie in caso di cessione delle quote o delle azioni della società, ovvero di esclusione del socio dalla compagine societaria in pendenza di giudizio¹⁶⁰.

Più in generale si è sostenuto che, ogni qual volta l'attore possa promuovere cumulativamente un'azione reale ed un'azione contrattuale per la restituzione della cosa concessa in comodato, locazione o depositata, l'istituto in esame debba comunque trovare applicazione, ancorché sia stata effettivamente promossa la sola pretesa obbligatoria e purché si tratti di ottenere la restituzione della cosa¹⁶¹.

Nell'ultimo turno di anni il prevalere di una diversa sensibilità storica e di un indirizzo marcatamente storiografico, piuttosto che dogmatico, negli studi processuali, ha invece condotto a riscoprire le scaturigini e la ragion d'essere originaria dell'istituto in esame. Si è così potuta

157 Ciò non toglie che anche in tali casi l'ordinamento tedesco contempli degli strumenti di tutela volti a garantire l'acquirente contro atti di disposizione compiuti medio tempore dal futuro alienante sul bene di cui si è obbligato a trasferire la proprietà. Uno di tale strumenti è esattamente la Vormerkung, la cui iscrizione nel registro fondiario, tra l'altro, interagisce in modo del tutto peculiare con il § 265 ZPO. L'argomento verrà affrontato nel III capitolo del presente lavoro.

158 Cfr. SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation*, cit., 52, 75, 87: “§ 265 ZPO auch bei solchen Anspruechen einschlaegig sein kann, die zwar dem Schuldrecht entspringen, bei denen aber die Sachlegitimation untrennbar mit dem dinglichen Schicksal einer Sache verbunden ist, die deshalb als ‘in Streit befangen’ anzusehen ist”. In generale, affermano che la “cosa” sia “streitbefangen” anche quando ad essere promossa contro il suo proprietario o possessore sia una azione personale, o comunque non reale: ROTH, sub § 265, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 4, Tübingen, 2008, 403: “Unter § 265 gehoeren weiterhin solche nichtdinglichen Rechte, die diesen in ihrer Eigenschaft der unmittelbaren Verhaftung der Sache gleichstehen”; SCHUMANN, sub § 265, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 3, Tübingen, 1996, 253; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS, HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, München, 2011, sub § 265, Tuttavia, al di là delle affermazioni di principio, le fattispecie menzionate di seguito nel testo sono comunque riconosciute dalla letteratura unanime come ipotesi di applicazione del § 265 ZPO.

159 SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation*, cit., 52, 75, che annovera espressamente l'azione proposta dal conduttore contro il locatore. Più in generale ma nello stesso senso ASSMANN, § 265, in WIECZOREK/SCHUETZE, *Zivilprozessordnung und Nebengesetzte Grosskommentar*, 4. Bd., 4. Aufl., 2017, 512, secondo cui: “Entscheidend ist, dass die Veraeusserung einer Sache infolge der rechtlichen Beziehungen der einen oder der anderen Partei zu ihr das Schuldverhaeltniss so beeinflusst, dass sie die materielle Verpflichtung, deren Erfuellung verlangt wird, in der Person des Veraeusserers zum Erloeschen und in der Person des Erwerbers zum Entstehen bringt und somit die bisherigen Partei nicht mehr als die richtige Partei erscheinen laesst”; ROTH, sub § 265, cit., 403, 408; SCHUMANN, sub § 265, cit., 253; Thomas/Putzo, 486; Schumann/Leipold, 1063. In giurisprudenza si veda BGH 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, in NJW 2010, 1068

160 BECKER EBERHARD, sub § 265, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, München, 2008, 1595; ASSMANN, § 265, in WIECZOREK/SCHUETZE, *Zivilprozessordnung*, cit., 512

161 SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation*, cit., 76, 88 s.; GRUNSKY, *Die Veraeusseung*, cit., 263; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 157 III 2°; Koussoulis, 89

suggerire un'applicazione della Irrelevanztheorie anche alle ipotesi di successione dal lato attivo del rapporto processuale, secondo l'originario disegno del legislatore tedesco¹⁶².

Si crede, nelle pagine che precedono, di aver messo a fuoco i passaggi nodali dell'evoluzione dell'istituto della successione nel diritto controverso in Germania, nella convinzione che la riscoperta delle sue origine storiche possa apportare una nuova luce anche al più recente dibattito dottrinale, anche italiano

Prima però di scendere nell'analisi delle diverse soluzioni approntate in progresso di tempo in Italia nell'ipotesi di successione nel diritto controverso, appare opportuno soffermarsi sulla disciplina coniata in Francia a partire dal XIX secolo – prettamente in via pretoria, in mancanza di ogni disposizione normativa specifica – e ancor oggi largamente praticata dalla giurisprudenza, tanto da poter essere colà definita di diritto vivente.

13. La disciplina della successione nel diritto controverso nella Francia del XIX e XX secolo

La ragione dell'interesse per l'ordinamento d'oltralpe in riferimento alla materia qui trattata risiede, in primo luogo, nella sostanziale contiguità e comunanza di sviluppo che ha caratterizzato non solo la legislazione positiva, ma anche l'approccio metodologico di studio e di analisi delle scienze giuridiche francese e italiana fino ai primi decenni del secolo scorso¹⁶³. Tale vicinanza non è andata esente da reciproci scambi ed osmosi che hanno in parte indirizzato, veicolandola, la prassi interpretativa e applicativa di diversi istituti sotto la vigenza dei codici del 1865.

Di tutto ciò reca piena testimonianza proprio la trattazione dottrinale dei limiti soggettivi di efficacia del giudicato già a partire dalla seconda metà del XVIII secolo e per tutta la durata di quello successivo¹⁶⁴.

In base alla sistematica del tempo, secondo una massima che aspirava all'universalità e che si riteneva discendesse direttamente dall'art. 1351 *Code Napoleon*, i limiti soggettivi del giudicato sarebbero stati definiti dall'identità delle parti¹⁶⁵ nel cui contraddittorio il provvedimento giudiziale si è formato e nei cui confronti l'efficacia di quest'ultimo può essere invocata. La precisazione per cui sarebbe stata richiesta non la mera identità fisica dei soggetti, ma quella giuridica, definita a sua volta dalla identità della qualità degli stessi, doveva servire ad estendere l'opponibilità del giudicato agli eredi e ai successori a titolo particolare, reputati “*les meme parties que les personnes auxquelles ils ont succede*”¹⁶⁶.

In progresso di tempo, la finzione su cui si reggeva la ricavata nozione di identità di soggetti formalmente distinti doveva essere sostituita da quella di rappresentanza, per cui ancora oggi in Francia si ritiene che siano assoggettati al giudicato “*tout les personnes qui ont effectivement participé à l'instance, mais aussi des personnes qui y ont été représentées ainsi que de leurs héritiers*”¹⁶⁷.

162 Lammayer

163 E' ben nota la prevalenza, nella dottrina italiana – e non solo processualistica – fino agli inizi del XX secolo, la prevalenza di un approccio esegetico di stampo francese. Sul punto non sembra necessario effettuare richiami.

164 In materia di limiti soggettivi del giudicato, un primo e fondamentale momento di convergenza tra i due ordinamenti può essere già individuato nelle opere di POTHIER, *Traité des obligation*, in *Ouvres complètes*, II, Paris, 1821, 361, per la Francia e di RICHERI, *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, VII (§ 1075), XI (§ 1325), XII (§ 179), Taurini, 1778-1782 per il regno di Sardegna. Sul punto sembra necessario rimandare alle ricerche di PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 726 ss., 784; nonché ID., voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, ibidem, 784 ss., 874.

165 Si tratta – come ben noto – di uno dei noti tria che, insieme all'identità del *petitum* e della *causa petendi*, avrebbero concorso ad identificare l'oggetto del giudicato, e che in seguito verranno ripresi da CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1931, 157 ss., quali criteri di identificazione delle azioni. Sul punto, Grasso

166 POTHIER, *op. cit.*, 374

167 Così PERROT, *Institutions judiciaires*, 5ª ed., Paris, 1993

Per quanto riguarda, nello specifico, la posizione dell'avente causa a titolo particolare in corso di causa – presto obliterato il divieto romanistico di alienazione della *res litigiosa*¹⁶⁸ – la mancanza di una disciplina *ad hoc* avrebbe originato una vivace *querelle* dottrinale, destinata a trascinarsi per tutto il corso del XIX e parte del XX secolo. Appurato che il processo, per effetto del trasferimento del diritto controverso, non avrebbe necessariamente dovuto subire ripercussioni nella sua composizione soggettiva in forza del principio *de l'immutabilité du litige*¹⁶⁹, non restava che interrogarsi sull'efficacia della sentenza emessa nel giudizio iniziato e proseguito dal dante causa nei confronti del successore a titolo particolare che non fosse intervenuto.

Scartate presto soluzioni intermedie che facevano dipendere l'efficacia della sentenza dalla conoscenza che l'avente causa avesse avuto del processo pendente al momento della successione¹⁷⁰, non restavano a contendersi il campo che le due ipotesi estreme dell'incondizionata efficacia della sentenza nei confronti del successore, e quella dello svincolo di quest'ultimo dalla medesima.

In quest'ultima direzione si muoveva una tesi che sembra riscuotesse il maggior numero di consensi nella dottrina dell'epoca¹⁷¹, secondo cui il dante causa rimasto parte del giudizio avrebbe smesso di rappresentare il successore dal momento del trasferimento del diritto litigioso (o dalla trascrizione dell'acquisto, trattandosi di un diritto immobiliare per il quale fosse prevista una determinata forma di pubblicità), con la conseguente inopponibilità a quest'ultimo del giudicato¹⁷². In senso contrario, si sosteneva invece da parte di alcuni autori che l'avente causa fosse assoggettato al giudicato, sfavorevole o meno, formatosi contro il proprio autore sol che il suo acquisto o la relativa trascrizione fosse avvenuta dopo la domanda giudiziale¹⁷³.

168 Anche secondo CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, trad. Ascoli/Cammeo, Milano, 1906, 438 s., “il divieto di alienare la cosa ed il diritto litigioso non fu conservato in diritto francese”. E' pur vero che i primi commentatori del *Code Napoleon* (in particolare TOULLIER, *Le droit civil français*, III, Paris, 1824-1828, n. 324, 93, e DEMOLOMBE, *Traité des donations*, III, 1865, n. 698, 648) continueranno in un primo momento ad affermare la perdurante vigenza del divieto romanistico (sul punto cfr. anche PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968, 32, 35). Ma è possibile ritenere che ciò avvenisse – più che per intrinseca convinzione – per ossequio all'autorevole insegnamento di Pothier. Sta di fatto che la giurisprudenza francese, interrogandosi – come si vedrà – sin dagli inizi dell'800 sulla disciplina relativa alla successione nel diritto controverso, dell'esistenza di quel divieto non fa la seppur minima menzione.

169 Sul principio *de l'immutabilité du litige* e sulla sua recezione dal diritto romani e canonico nell'ordinamento francese, si veda MIGUET, *Immutabilité et evolution du litige*, Paris, 1977, 17 ss.

170 Opinione riconducibile a DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, Paris, 1861, VII, 336 ss.

171 Le fonti dell'epoca riferiscono che in dottrina la questione fosse particolarmente controversa: “*très controversée*”, la definisce ancora LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 2° ed. Paris, 1904, 157. Nello stesso senso si vedano, tra i tanti, GARSONNET/CÉZAR BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, III, 2° ed., Paris, 1899, 551, nt. 7; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8° ed., Paris, 1889, 202. Tuttavia, che l'opinione riportata nel testo potesse definirsi maggioritaria nella dottrina francese tra XIX e XX secolo risulta confermato da diversi osservatori e studiosi stranieri (si veda, in particolare, PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968, 56; WUNDERLICH, *Zur Prozessstandschaft im internationalen Recht*, Muenchen, 1970, 91; nonché SCHWEICKERT, *Die subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft françoesischer Zivilurteile unter vergleichender Heranziehung des deutschen Rechts*, Muenchen, 1967, 96). In senso contrario, tuttavia, LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983, 78, secondo la quale a prevalere fu, in ultima istanza, la tesi tendente ad assoggettare il successore lite pendente al giudicato; su ciò si veda oltre nel testo.

172 In questo senso LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 2° ed. Paris, 1904, 157 ss.; GARSONNET/CÉZAR BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, III, 2° ed., Paris, 1899, 551, nt. 7; TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Paris, 1890, 173; BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, Paris, 1889, 478; LAROMBIER, *Théorie et pratique des obligations*, 1857; LACOMBE, *De l'autorité de la chose jugée, en droit romain et en droit français*, Paris, 1866, 213 ss.; ALLARD, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Rouen, 1875, 124; nello stesso senso sembrano pronunciarsi LAURENT, *Principes de droit civil*, 1869-1878, 124, e TOULLIER, *Le droit civil français*, X, 1824-1828, 292 ss., che fanno generico riferimento al rapporto di anteriorità o di posteriorità tra *jugements* e *acquisition*, senza tuttavia affrontare il problema dell'incidenza della domanda giudiziale.

173 In questo senso AUBRY/RAU, *Cours de droit civil français*, 5° ed., Paris, 1922, 407 s.; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8° ed., Paris, 1889, 202; DURANTON, *Cours de droit français*, 1831, 539 ss.; DEMANTE/COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, Paris, 1865; GRIOLET, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle*, Paris, 1868, 539

Per comprendere tuttavia appieno la disciplina tutt'ora vigente in Francia in materia di successione nel diritto controverso, anche al di là della *querelle* dottrinarie, appare illuminante la posizione assunta dalla giurisprudenza d'oltralpe. Ebbene, anche l'analisi delle pronunce delle Corti francesi evidenzia un trattamento differenziato, che tende a distinguere il regime applicabile in ragione della diversa natura della posizione di vantaggio, reale od obbligatoria, oggetto del trasferimento in corso di giudizio.

Nel caso in cui ad essere trasferito in corso di causa sia un *bien corporel*¹⁷⁴, e dunque un diritto reale su di un bene specifico, a prescindere dalla tipologia di azione esercitata in giudizio e dal collegamento esibito da quest'ultima con il bene trasferito¹⁷⁵, ritiene la giurisprudenza francese per prassi inveterata - e sulla scia delle argomentazioni dottrinarie prima riferite - che l'acquirente non sia più rappresentato in giudizio dal proprio autore sin dal momento del perfezionamento del trasferimento¹⁷⁶. Ne consegue che l'avente causa lite pendente non è vincolato dal giudicato formatosi nei confronti del dante causa, a meno di un suo intervento in giudizio volontario o coatto¹⁷⁷; ed è, di conseguenza, ammesso a proporre *tierce opposition* contro la sentenza pronunciata in sua assenza¹⁷⁸.

Qualora, invece, la posizione giuridica soggettiva trasferita lite pendente abbia consistenza meramente obbligatoria (ciò che si verifica in particolare nell'ipotesi di cessione del credito e di surrogazione all'originario creditore¹⁷⁹), la giurisprudenza costante delle corti francesi afferma che in tal caso "*le cessionnaire est investi des actions, aussi bien que des droits attachés à la créance cédée*"¹⁸⁰.

In altri e più concisi termini, è opinione consolidata che l'avente causa subentri nella complessiva situazione giuridica soggettiva - sostanziale e processuale - che faceva capo al precedente titolare, ivi compresi tutti gli accessori che l'accompagnano ai sensi dell'art. 1692 code Napoleon, tra cui è ritenuta ricompresa l'*action en justice* che fosse già stata esercitata dal cedente. La successione in una situazione obbligatoria controversa sarebbe, in tale ottica, suscettibile di

174 BOVAL, *Tiers et parties en première instance et en appel*, in CADIET/LORIFERNE, *L'autorité de la chose jugée*, Paris, 2012, 152 ss.

175 In proposito la casistica è assai ampia. La giurisprudenza francese applica, infatti, il principio di cui nel testo sia alle azioni propriamente reali (rivendica, negatoria e confessoria servitutis e relative pronunce accessorie: condanna alla restituzione in pristino ed eventuali inibitorie), che a quelle contrattuali (accertamento del perfezionamento della vendita già avvenuta per scrittura privata, risoluzione del contratto di locazione commerciale, condanna al pagamento di un credito garantito da ipoteca, promessa di vendita, e così via).

176 La prima sentenza rinvenuta ad aver affermato il principio è Cass., 8 mai 1810, in *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, 1810, 265 ss. Da allora il principio è stato monoliticamente confermato dalla giurisprudenza sino ad oggi. Si vedano, tra le più antiche, Cass., 14 juin 1815, *ibidem*, I, 1815, 392 ss.; Cass., 19 août 1818, I, *ibidem*, 1819, 24 ss.; Cass., 11 mars 1834, *ibidem*, I, 345 ss.; Cass., 30 mars 1858, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, 1858, 164 ss.; Cass., 1 juin 1858, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1859, I, 417 ss.; Cass., 21 novembre 1882, *ibidem*, 1884, I, 277 ss.; Cass., 7 janv. 1885, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, 1886, I, 72. Tra le più recenti pronunce si vedano, invece, Cass., 5 juin 1959, in Bull. civ. II, n. 429; Cass., 28 février 1967, Bull. civ. n. 84; Cass., 20 novembre 1969, Bull. civ. n. 741; Cass., 20 juin 1979, 77-15380; Cass., 22 mars 2007, 05-21781; Cass. 12 janvier 2011, 10-10667 (le ultime rinvenibili su legifrance.gouv.fr).

177 La possibilità di intervento, volontario o coatto, del successore in corso di causa nella titolarità del diritto sul bien corporel, era stata concepita sin dalla prima sentenza pronunciata in materia (Cass., 8 mai 1810, in *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, 1810, 265 ss.) e da allora - a quanto consta - continuamente ribadita. Si veda da ultimo, Cass., 22 mars 2007, 05-21781.

178 In questo senso tutte le pronunce riferite alle note precedenti, che reiterano la massima riportata nel testo.

179 Per la riconduzione sia della *cession de créances* che della *subrogation* a tale diverso regime processuale, si veda BOVAL, *Tiers et parties en première instance et en appel*, in CADIET/LORIFERNE, *L'autorité de la chose jugée*, Paris, 2012, 155 s. In particolare poi, la diversa modalità di circolazione del credito, nel caso di cessione ovvero di surrogazione, si riflette - anche per l'A. citato - nel momento a partire dal quale il trasferimento riverbererebbe i propri effetti sul processo: la notificazione della cessione al debitore ovvero il pagamento effettuato dal terzo.

180 In questo senso, letteralmente, la più antica sentenza rinvenuta che ha enucleato per la prima volta il principio, poi divenuto diritto vivente: Cass., 15 mars 1847, in *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1847, 155, in una fattispecie in cui si era consentito al cessionario di un credito litigioso di impugnare la sentenza sfavorevole al proprio autore.

inverare un vero e proprio fenomeno di “*transmission de l'action*”¹⁸¹, pur potendo il cedente proseguire da solo il giudizio e validamente rappresentare il cessionario¹⁸².

Di conseguenza, ed in forza di quello che è poi diventato il paradigma della disciplina pretoria di riferimento nelle ipotesi qui considerate, il successore a titolo particolare nel credito litigioso può intervenire nel processo, anche in grado appello sostituendosi del tutto al proprio dante causa, ed impugnare direttamente la sentenza con l'*appel*, restando altrimenti e in ogni caso assoggettato al giudicato e dunque privato anche del rimedio della *tierce opposition*¹⁸³.

Anche nell'ordinamento francese è rinvenibile dunque una disciplina differenziata della successione nel diritto controverso, il cui criterio distintivo risiede apertamente nella natura della situazione di vantaggio oggetto di trasferimento. Si tenterà, nel proseguo della ricerca, di coglierne le motivazioni storiche nonché di verificare se possa rintracciarsi una qualche analogia con il consimile fenomeno rinvenuto in Germania¹⁸⁴.

14. La successione nel diritto controverso nel diritto italiano sotto il codice del 1865 secondo la dottrina esegetica

Come si vedrà, l'approccio metodologico della dottrina italiana per la successione nel diritto controverso risente fondamentalmente del generale indirizzo che gli studi processuali hanno assunto nel corso degli ultimi secoli, ed in particolare dal progressivo passaggio dal metodo esegetico di stampo francese all'approccio storico-sistematico proprio della dottrina tedesca¹⁸⁵. Ciò giustifica il diverso trattamento che in progresso di tempo la dottrina riserverà all'istituto in esame, pur nell'immutata disciplina positiva – peraltro del tutto assente – dei codici del 1865.

Indubbiamente, la carenza di una regolamentazione espressa della materia dovette contribuire alla sua mancata sistematizzazione concettuale e a mantenere in ombra il fenomeno nella sua interezza e complessità. Per tutto il secolo, infatti, non si rinvenivano trattazioni specifiche riservate alla materia; singole questioni ad esso afferenti venivano discusse a margine di istituti limitrofi.

181 In questo senso CADIET/JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8° ed., Paris, 2013, 304 ss.; CADIET/NORMAND/MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2° ed., Paris, 2010, 725; CHAINAIS/FERRAND/GUINCHARD, *Procédure civile*, 33° ed., Paris, 2016, 111 s. Il fenomeno è riferito anche da WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Trento, 2015, 282. D'altra parte, anche in Italia nell'ipotesi di cessione di credito controverso si è parlato di un fenomeno di trasferimento dell'azione al cessionario, v. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 592 s.; FINAZZI, *La cessione del credito*, in GAROFALO/TALAMANCA, *Trattato delle obbligazioni*, IV.1, Padova, 2008, 808 s.

182 Cfr. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, Paris, 2001, 437, nt., 1758, e la giurisprudenza ivi citata.

183 Oltre alla già riferita Cass., 15 mars 1847, in cit., (“*si la créance a fait l'objet d'une instance et a donné lieu à un jugement, le cessionnaire peut prendre et suivre l'instance, se prévaloir du jugement ou l'attaquer par les voies de droit, sans qu'on puisse lui opposer qu'il n'y a pas été partie, puisq'il représente son cedant*”), si vedano anche tra le pronunce più antiche: Cass., 4 novembre 1868, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, 1869, 469 ss.; Cour d'appel de Nîmes, 30 juin 1890, in *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, 1890, 35 ss., che ammette il debitore ceduto a proporre direttamente appello contro il cessionario in corso di causa; Cour d'appel de Nîmes, 30 juin 1890, *ibidem*, 38 s.; Cass. 14 mars 1892, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, 1892, 267 ss.; tra le pronunce più recenti: Cass., 22 septembre 2011, n. 09-16198, secondo cui: “*Lorsqu'une cession de créance est intervenue au cours d'une instance d'appel relative au recouvrement de celle-ci, engagée par la cédant et poursuivie par ce dernier postérieurement à la cession signifiée au cours de l'instance en cassation, le cessionnaire, substitué de plein droit au cédant dans les actions lui appartenant, intervenu volontairement devant la Cour de cassation et devenu ainsi partie à cette instance, a qualité pour saisir la cour d'appel de renvoi*”; ancora, in caso di successione universale nel credito per fusione di società: Cass. 21 octobre 2008, n. 07-19102; nonché, Cass. 11 juin 2008, n. 06-20104; Cass., 19 juin 2007, n. 05-21678; Cass., 10 janvier 2006, n. 03-17839; queste ultime rinvenibili su legifrance.gouv.fr.

184 A tal fine si rimanda al secondo capitolo del presente lavoro.

185 Scrive con profonda, ma veritiera ironia SCALISI, *Negoziato astratto*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 52 ss., 56, “la fine del XIX secolo segna anche il tramonto della sudditanza della dottrina italiana verso quella francese, e l'inizio di una nuova soggezione, quella verso la metodologia e la dogmatica espresse nella pandettistica tedesca da Savigny a Windscheid”

Così, l'eventualità che una delle parti del processo potesse trasferire a terzi il diritto controverso si rinviene nel commento relativo agli artt. 332 e 333 c.p.c. 1865, che prevedevano quali cause di "sospensione dell'istanza" la morte, la cessazione dell'ufficio della parte¹⁸⁶, nonché il suo "cangiamento di stato"¹⁸⁷, disponendosi all'uopo la rinnovazione dell'atto di citazione alla parte per la prosecuzione del giudizio. Ebbene, la dottrina unanime era solita precisare, in nota alle citate disposizioni, che tali cause di interruzione fossero tassative, e che il trasferimento del diritto controverso, determinando il semplice "cambiamento di qualità della parte in causa", non avrebbe determinato alcuna necessità di sospensione. La procedura sarebbe piuttosto proseguita nei confronti del dante causa, con facoltà di intervento del successore anche senza il consenso delle parti originarie¹⁸⁸.

Tuttavia, il tema centrale e fondamentale che doveva animare il dibattito nella dottrina a cavallo tra XIX e XX secolo doveva essere costituito, ancora una volta, dalla questione dell'eventuale vincolo alla sentenza da riconoscersi nei confronti del successore che si fosse reso cessionario del diritto controverso prima della conclusione del giudizio. La dottrina maggioritaria riconosceva che anche in tal caso l'avente causa fosse *legalmente rappresentato* nel giudizio dal suo autore, e pertanto assoggettato al giudicato ed agli effetti esecutivi della sentenza¹⁸⁹, ammettendo il successore a dispiegare intervento, anche in appello¹⁹⁰, ovvero a proporre direttamente impugnazione avverso contro la sentenza emessa nei confronti del dante causa¹⁹¹.

186 GARGIULO, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, II, 2ª ed., Napoli, 1877, sub 332, 471: "ossia la cessazione di qualità in forza di cui la parte stava in giudizio"

187 Sul significato dell'espressione, si veda CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1938, 451 ss.: "La parola stato è usata in questa formula con il significato proprio di modo di essere del soggetto rilevante in ordine o a tutti i suoi rapporti giuridici o a una parte di questi; appunto perciò, che lo stato di una persona cambi vuol dire che avviene un mutamento concernente il soggetto dei rapporti giuridici".

188 Così GARGIULO, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, II, 2ª ed., Napoli, 1877, sub 332, 472, che fa riferimento espressamente all'ipotesi di alienazione di un immobile in corso di giudizio. Secondo l'A., l'acquirente avrebbe avuto – in alternativa alla possibilità di intervenire nel processo – anche la facoltà di "farsi sostituire dal venditore se lo stimi conveniente". Più controversa era la questione in ordine alla possibilità di estromissione del dante causa dopo l'intervento del successore. In particolare, l'opinione negativa poggiava sulla considerazione dell'eventuale addebito delle spese processuali e della possibile incapacienza del successore; preoccupazione che – si osservava – poteva essere facilmente elusa attraverso l'offerta, formulata dall'estromettendo dante causa, d'esser pronto a corrispondere le spese maturate fino alla sua estromissione. Sulla tassatività delle cause di interruzione e l'esclusione da esse del cambiamento di qualità della parte in causa (ovvero del il trasferimento del diritto controverso), v. anche MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, rist. 5ª ed., Torino, 1931, 754; (Non vidi: Borsari, *Complem. Al Comment. Del cod. proc. Civ. Sardo*, III, 473 e 474; Cuzzi, art. 332; Ricci, *Proc. Civ.*, I, 522; Saredo, I, 727); per la giurisprudenza: Cass. Torino, 15 novembre 1876 (in *Giurisprudenza*, 1877, p. 53); Cass., 9 agosto 1899 (*ibidem.*, 1889, 646).

189 Le parole nel testo sono tratte da MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, V, rist. 5ª ed., Torino, 1931, 95; nello stesso senso, GARGIULO, *Il codice, cit.*, 472; (Non vidi: Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, V, n. 168; Venzi, in Pacifici/Mazzoni, II, 902 ss.; Grisostomi,)

190 Della facoltà del cessionario di intervenire anche in appello e di *continuare la lite* del suo autore non dubita MORTARA, *Commentario del codice delle leggi di procedura civile*, IV, 3ª ed., Milano, 462, in nota, che cita in senso conforme App. Milano, 23 gennaio 1908, in *Giur. it.*, 1908, I, 2, 172, e in senso contrario Cass. Firenze, 29 febbraio 1908, *Giur. it.*, 1908, I, 1, 432 fondandosi sull'art. 491 c.p.c. 1865 – a torto secondo l'A., in quanto tale disposizione sarebbe stata applicabile al terzo, e non al successore o rappresentante. Nello stesso senso del Mortara anche GARGIULO, *Il codice, cit.*, 472.

191 Si era generalmente disposti ad ammettere che il successore potesse "appellare dalle sentenze pronunziate contro il venditore per giudizi cominciati prima che la vendita fosse compiuta" (MANCINI-PISANELLI-SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, IV, Torino, 1857, 91), dandosi così luogo ad una sostituzione tra dante e avente causa, seppur nel passaggio da un grado all'altro. Nello stesso senso MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, IV, rist. 5ª ed., Torino, 1931, 492. Ancora CARLE, *Dell'appellazione secondo il codice di procedura civile italiano*, Torino, 1868, 56, non aveva "niun dubbio infine che colui il quale compri un credito od una cosa litigiosa, intorno a cui il cedente abbia già avute sfavorevoli le sorti d'un primo giudizio, possa, se la prima sentenza non passò ancora in giudicato, interporne appello a nome del proprio autore. In tutti questi casi chi introduce appello 0 prese parte egli stesso al primo giudizio, 0 subentrando nelle ragioni di chi fu parte nel medesimo, acquistò pure il diritto che a lui apparteneva d' introdurre l'appello". Ma subito soggiungeva che "da questi casi in fuori, credo che non si possa mai parlare di vera appellazione, ma soltanto d'opposizione di terzo proposta in via d'appello. E il criterio per distinguere l'appellante dal terzo opponente sarà il seguente: - è appellante nel vero senso della parola chi reca in appello

Al contrario, una parte minoritaria ma consistente della dottrina – probabilmente sotto l’influsso della coeva giurisprudenza e della dottrina francese – riteneva che in ipotesi di trasferimento del diritto controverso anteriore alla pronuncia della sentenza, quest’ultima non avrebbe esercitato alcun effetto nei confronti del successore, che sarebbe stato pertanto ammesso a proporre contro di essa opposizione di terzo¹⁹². In particolare si sosteneva che il successore, divenuto soggetto della pretesa fatta valere in giudizio, acquistasse anche il diritto di agire e di vedere giudicato il rapporto litigioso solamente col suo contraddittorio¹⁹³.

Del tutto minoritaria rimase invece in Italia l’opinione che faceva dipendere l’efficacia della sentenza nei confronti del successore dalla conoscenza che questi avesse avuto della pendenza della lite¹⁹⁴.

Come appare evidente, gli schemi argomentativi e le parole stesse della dottrina italiana erano quello in uso in Francia: il comunicarsi dell’efficacia della sentenza nei confronti del successore veniva giustificato attraverso l’istituto della rappresentanza, mentre la questione fondamentale dibattuta riguardava ancora una volta il momento a cui si sarebbe dovuto far riferimento: quello della domanda ovvero della pronuncia della sentenza¹⁹⁵.

A favore della prima delle due alternative avrebbe infine deposto l’art. 1933 n. 3 c.c. 1865, il quale prevedeva che dovessero essere trascritte “per gli effetti speciali stabiliti dalla legge [...] le domande di revocazione, di rescissione e di risoluzione indicate negli articoli 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787”¹⁹⁶. Tale disposizione venne infatti comunemente interpretata come una norma che – pur volta a limitare l’applicazione del generale principio “*resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*” – avrebbe inteso disporre la soggezione all’efficacia diretta della sentenza di chiunque avesse acquistato il “diritto controverso” dopo la trascrizione delle domande giudiziali elencate¹⁹⁷.

Dal canto suo, la giurisprudenza italiana – diversamente da quella d’oltralpe – si atterrà saldamente a tale principio anche al di là della specifica disciplina della trascrizione¹⁹⁸.

una questione, una controversia che per quanto lo riguarda fu già discussa nel primo giudizio; - è terzo opponente in via d’appello chi vi reca una questione affatto nuova che per quanto a lui si riferisce, non subì ancora il primo grado di giurisdizione”. Addirittura RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, II, Firenze, 1876, 516 s., riteneva che non dovesse distinguersi tra acquirente in corso di causa e anteriore alla lite, ma che in forza del principio “*nemo plus iuris in alium trasferre potest quam ipse habet*” il dante causa rappresentasse sempre e comunque il suo avente causa, e che dunque il successore (anche ante litem) non potesse proporre opposizione di terzo.

192 Tale era la posizione di GATTI, *L’autorità della cosa giudicata civile*, 2^a ed., Roma, 1911, 256 ss.; TUOZZI, *L’autorità della cosa giudicata nel diritto civile e penale*, Torino, 1900, 235 ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910, 549; (Non vidi: Caprile, *Temi veneta*, 1891, 101 ss.; Galuppi, nn. 168 e 169). A sostegno di tale opinione veniva invocata la giurisprudenza francese che, come si è visto, in materia di diritti reali disconosceva che il fenomeno della rappresentazione in giudizio del successore ad opera del dante causa una volta che il diritto controverso fosse stato trasferito.

193 COVIELLO, *op. cit.*, 570; GATTI, *op. cit.*, 258

194 Era questa – a quanto consta – la posizione assunta, in Italia, da LAI, *Dell’identità di persona per gli effetti della cosa giudicata*, 45; ANGIONI/CONTINI, *La litis contestatio nei giudizi civili*, in *La legge*, 1884, 2, 251.

195 Esemplificativo in tal senso è il ragionamento di MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, V, rist. 5^a ed., Torino, 1931, 95

196 Si trattava, nello specifico, delle domande di rescissione per lesione (art. 1308), di risoluzione (art. 1511; per evizione della cosa permutata, art. 1553; della rendita vitalizia, art. 1787) e di revocazione (della donazione per inadempimento del modo, art. 1080; per ingratitudine o sopravvenienza di figli, art. 1088; di atti di disposizione in frode dei creditori, art. 1235)

197 In tal senso proprio COVIELLO, *Della trascrizione*, II, Napoli-Torino, 1924, 626 ss., il quale – come si è visto – escludeva in tutte le altre ipotesi qualsiasi efficacia della sentenza nei confronti dell’acquirente in pendenza di lite; nonché CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Riv. Dir. Com.*, 1922, 473 ss., 477

198 Possono citarsi al riguardo Cass. Torino, 18 febbraio 1875, in *Giurisprudenza*, 1875, 289; App. Bologna, 22 febbraio 1879, in *Rivista giuridica di Bologna*, VII, 55; Cass. Torino, 15 marzo 1881, in *Giurisprudenza*, 1881, 397; Cass. Torino, 12 giugno 1883, *ibidem*, 1883, 820; Cass. Torino, 30 gennaio, 16 marzo e 10 agosto 1886, *ibidem*, 1886, 244, 372, 627; Cass. Firenze, 23 febbraio 1891, in *La legge*, 1891, I, 439; nonché in *Foro*, 1891, 298; Cass. Torino, 10 agosto 1892, *id.*, 1892, 689 s.; Cass. Torino, 6 dicembre 1893 (*id.*, 1894, 70); Cass. Torino, 15 giugno 1896 (*id.*, 1896, n. 46, 710); Cass. Roma, 12 giugno 1908, in *Giur. it.*, 645; App. Palermo, 17 luglio 1911, in *Foro sic.*, 1911, 410; App. Catania, 9 giugno 1922, in *Foro it.*, Rep. 1922, voce Cosa giudicata, n. 17; Cass., 26 settembre 1925, in *Foro it.*, Rep.

15. Il nuovo approccio all'istituto sotto l'influenza della scuola germanista

La svolta nell'approccio allo studio della disciplina della successione nel diritto controverso doveva intervenire – come si è detto – per effetto dell'avvicinamento, compiuto verso l'inizio del XX secolo, degli studi processualistici italiani al metodo storico-sistematico della dottrina tedesca.

La chiave del nuovo inquadramento dogmatico doveva essere costituita proprio dalla figura della sostituzione processuale, recepita dalla Germania, per connotare la posizione del dante causa, rimasto in giudizio per far valere un diritto ormai proprio del successore¹⁹⁹. Anzi, può forse dirsi che l'ipotesi della successione nel diritto controverso avrebbe rappresentato il caso paradigmatico della sostituzione processuale²⁰⁰.

Tuttavia, al di là di tale inquadramento formale – che sembrerebbe rappresentare l'indice della recezione, da parte della dottrina italiana, della disciplina della *Veraeusserung der streitbefangenen Sache* ispirata alla *Relevanztheorie* tedesca – si rivela particolarmente interessante indagare le ragioni del convincimento che per la dottrina avrebbero giustificato la legittimità dell'importazione dell'istituto in assoluta mancanza di una disciplina positiva.

Ebbene, secondo un'opinione autorevolmente sostenuta, la permanenza in causa della parte originaria e il dispiegarsi degli effetti della sentenza nei confronti del successore sarebbero stati un corollario del generale principio per cui la necessità di servirsi del processo non deve andare a danno di chi in esso è costretto ad agire o a difendersi²⁰¹, ovvero di un principio di analogo contenuto qualificato come *perpetuatio legitimationis*²⁰², il cui esito doveva concordemente essere

1925, voce Cosa giudicata, n. 16; App. Milano, 18 gennaio 1929, in *Foro it.*, 1929, I, 623

199 La qualifica del dante causa quale sostituto processuale del successore pendente lite risulta affermata per la prima volta già in CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, 3^a ed., s.l., s.n., 557 (citato da GATTI, *L'autorità*, cit., 258), e a tale insegnamento l'A. si atterra in tutte le sue successive opere; si v. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 597 s., 874 ss.; ID. *Istituzioni di diritto processuale*, rist. 2^a ed., Napoli, 1957. Recepiscono l'istituto in riferimento alla successione nel diritto controverso anche il BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 481 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, ; CARNACINI, *L'alienazione dell'immobile colpito da pignoramento nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1934, I, 354 ss., in part. 397 ss.

200 Basti considerare che quello della successione nel diritto controverso è il primo esempio di sostituzione processuale portato da CHIOVENDA, *Principii*, cit., 597 s

201 Si veda CHIOVENDA, *Principii*, cit., 876; ID., *Istituzioni*, cit., 380, e in particolare, ID., *Sulla "perpetuatio jurisdictionis"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 271 ss., 273, principio che si connetterebbe a tendenze più vaste concernenti l'attività dello Stato intese a tutelare l'interesse del litigante in quanto ha ragione per cui "la sentenza che accoglie la domanda deve riconoscere il diritto come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziaria [...] Con questa idea fondamentale si spiega una serie di casi nei quali la legge provvede a salvaguardare il diritto dedotto in giudizio, togliendo a taluni fatti che possono verificarsi durante la lite l'effetto pregiudizievole che avrebbero se si verificassero prima della lite: il diritto deve attuarsi come se ciò avvenisse in un momento in cui i fatti non si erano ancora verificati" (*op. cit.*, 277). Di qui la conclusione per cui "l'alienazione della cosa litigiosa non muta i termini entro cui potrà farsi valere la cosa giudicata" (*op. cit.*, 279). In adesione alla tesi di Chiovenda si esprime COSTA, *L'intervento coatto*, Padova, 1935, 41, il quale – parafrasando il pensiero del primo – riferisce: "la formazione del giudicato verso il successore è un'applicazione del noto principio degli effetti sostanziali della domanda"; quest'ultimo non viene "ad annullare la successione pendente lite; questa si intenderà avvenuta dopo la sentenza sicché l'alienazione a titolo particolare riguarderà non un diritto litigioso ma un diritto certo".

202 Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1938, 451, 456 ss., il quale scrive: "è irrilevante che il fatto costitutivo della legittimazione venga meno nel corso del procedimento; si applica a questo proposito il principio della *perpetuatio legitimationis* [...] Quella durata del processo [...] è certo un inconveniente, contro il quale si reagisce [...] cercando di neutralizzarne gli effetti: se pertanto uno di questi effetti è la possibilità che si alterino, durante il procedimento, i fatti dai quali deriva la legittimazione delle parti, la reazione consiste nel non tenerne conto e pertanto nel consentire che il procedimento continui malgrado che tali fatti si siano alterati e la legittimazione sia venuta a mancare; di qui la formula della *perpetuatio*, cioè di un prolungarsi della legittimazione nel tempo anche dopo il suo reale venir meno Tale principio [...] si ricava precisamente dalle norme contenute negli art. 332 e seg. cod. proc. Civ". Del resto anche per l'A. in commento – così come era stato decenni prima nella dottrina tedesca per Kohler ed Hellwig – solo con una forzatura concettuale la figura della sostituzione processuale si sarebbe potuta atteggiare alla fattispecie dell'alienazione della *res litigiosa*, dal momento che l'elemento caratterizzante del sostituto processuale viene individuato nell'agire per un proprio interesse (il quale normalmente viene a mancare proprio con l'alienazione del diritto controverso); cfr. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 379.

ravvisato nella retroazione degli effetti della sentenza al momento della proposizione della domanda²⁰³.

Non può non sorprendere l'impiego, per sostenere l'efficacia della sentenza contro il successore a titolo particolare nel diritto controverso, di un espediente argomentativo così inequivocabilmente ispirato ad uno dei temi ricorrenti della *Irrelevanztheorie* tedesca²⁰⁴. Tanto da poter sollevare l'illazione di una implicita adesione a quest'ultima da parte della dottrina italiana, se non fosse per la mancata condivisione dell'assunto di base, ovverosia l'esclusione del fenomeno successorio dall'orizzonte cognitivo e decisorio del giudice²⁰⁵.

Invece – e sempre a volersi attenere alla catalogazione di matrice germanica dell'istituto – non parrebbe dubbia la collocazione sul versante della *Irrelevanztheorie* di altra parte della dottrina che, sempre sotto la vigenza del codice del 1865, scorgeva un'analogia di disciplina tra il trattamento processuale della *res litigiosa* con quello della *res pignorata*²⁰⁶, evidenziando ancora una volta la matrice pubblicistica su cui l'istituto sembrava risiedere²⁰⁷.

In sostanza sembra potersi dire, che al di là dell'adesione – prettamente formale – alla configurazione di una sostituzione processuale nell'ipotesi di successione nel diritto controverso, la comprensione della dottrina italiana del tempo per l'istituto in esame si muova secondo direttrici in gran parte diverse da quelle che si sono viste alimentare il dibattito in ambiente tedesco. Ciò che per lo più avveniva attraverso l'impiego di chiavi di lettura in prevalenza indipendenti ed autoctone.

In questo contesto, merita di essere segnalata la posizione del Pavanini²⁰⁸, il quale ritiene – sulla base del “carattere eminentemente pubblicistico ed autonomo del processo” rispetto al

203 In tal senso CARNELUTTI, *Efficacia diretta*, cit., 477; CHIOVENDA, *Principii*, cit., 138; ID., *Sulla “perpetuatio jurisdictionis”*, cit., 274, 276. Si tratta, tuttavia, di un *leit motiv* ricorrente anche nella dottrina antecedente: si veda sul punto MATTIROLO, *Trattato*, cit., V, 105; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, cit., III, 34; MORTARA, *Commentario*, cit., III, 229.

204 Si è infatti osservato in proposito (PAVANINI, *Appunti sugli effetti della successione nelle pretese per atto tra vivi durante il processo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1932, II, 137 ss., 148) che “la sentenza, retroagendo i suoi effetti al giorno della domanda, riconosce, accerta, risolve la controversia come se ciò avvenisse in quell'istante; ma in quell'istante il rapporto stesso correva tra autore e avversario e la sentenza quindi fra autore e avversario dovrà manifestare il suo effetto. Onde, per salvaguardare la legittimazione processuale dell'antecessore, verrebbe annullata la successione a titolo particolare nella pretesa”. Anche secondo Vaccarella, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*, l'adozione

205 Evidente appare la contraddizione rispetto ai moduli descrittivi tipici del binomio tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* tedesche in BETTI, *Diritto processuale*, cit., 483, quando scrive “Codesta applicazione della sostituzione processuale a salvaguardia dell'avversario in giudizio [...] è conforme al criterio cui sono ispirati gli effetti anticipati della sentenza positiva di accoglimento, in quanto mirano a preservare il rapporto dedotto in giudizio (o l'azione esperita) dalla influenza di fatti modificativi sopravvenuti: intendiamo, il criterio di garantire alla parte cui sia data ragione che l'attuazione giurisdizionale della legge avvenga con effetto retroattivo al momento in cui fu da lei domandata”. Mentre, a poche pagine di distanza, osserverà che “se nel processo odierno il cedente prosegue la causa quale sostituto processuale del cessionario, ciò stesso significa che la successione operatasi nel rapporto litigioso in pendenza di lite non rimane senza influenza sul processo, ma si rende riconoscibile e operativa anche di fronte all'avversario”. Betti, *Trattato sui limiti soggettivi della cosa giudicata*, 211, 297 ss.; e ID., *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1929, I, 555; id. *Diritto processuale*, cit., Della sostituzione processuale del cessionario e del retratto litigioso, in *Riv. Dir. Proc.*, 1926, II, 320 ss. Tali ipotesi di subordinazione sarebbero rappresentate dalla successione, dalla sostituzione processuale, dalla concorrenza alternativa e dalla dipendenza necessaria: mentre nelle prime due il giudicato si estenderebbe al successore o al sostituto in via diretta, nelle ultime due la riferibilità del giudicato al terzo avverrebbe solo in via indiretta. Appare opportuno evidenziare come Betti parli in generale di subordinazione di posizioni rispetto ad un medesimo rapporto. Per una critica De Marini, *La successione nel diritto controverso*,

206 Carnacini, *L'alienazione dell'immobile colpito da pignoramento nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1934, I, 354 ss., in part. 397 ss., sviluppando alcune idee già presenti in Satta

207 Illuminanti appaiono sul punto le parole di SATTA, *La rivendita forzata*, Milano, 1933, 61, n. 29: “la domanda processuale produce certo in molti casi degli effetti che sono in tutto analoghi a questi della esecuzione, e che fanno pensare precisamente all'esistenza di un vincolo pubblicistico sull'oggetto della domanda stessa: si pensi a tutti quei casi nei quali è richiesta la trascrizione della domanda. La stessa azione revocatoria e sotto certi profili la successione nel processo possono essere illuminati da questo angolo visuale”. L'ammissione appare tanto più rilevante in quanto proveniente da l'A. che pochi anni più tardi, in concomitanza con la redazione del codice del 1940, criticherà gli orientamenti pubblicistici della dottrina italiana.

rapporto privatistico che ne costituisce il contenuto – che la disciplina della successione nel diritto controverso (ed in particolare, l'efficacia della sentenza nei confronti del successore) sarebbe giustificata dalla necessità di assicurare alle parti un provvedimento che non sia *inutiliter datus*. Non v'è chi non scorga, nell'intervento dell'A. citato, un intuitivo ed implicito accostamento dell'istituto in esame con quello del litisconsorzio necessario, che la dottrina e la giurisprudenza andavano giusto in quei decenni elaborando²⁰⁹.

E proprio tale avvicinamento, con il suo richiamarsi al carattere pubblicistico del processo condiviso da larga parte della dottrina del tempo²¹⁰, potrebbe contenere una possibile chiave di lettura della differente comprensione sistematica dell'istituto della successione nel diritto controverso che la dottrina e la giurisprudenza italiane – lontane dai principi sicuramente più liberali cui era informata la ZPO – si stavano formando giusto in quel torno di tempo e che – piaccia o non piaccia²¹¹ – sarebbe stata posta a base della successiva codificazione²¹².

E, tuttavia, in disparte dall'impostazione prevalente, non mancava chi apertamente (e coerentemente) riteneva l'insufficienza dello schema del sostituto processuale ad inquadrare il dante causa rimasto parte del giudizio per l'impossibilità di concepire una sostituzione processuale "interna" o "tacita" nelle ipotesi in cui la successione non sia stata rilevata in giudizio. Era, questa, l'opinione di Allorio, che – unico tra gli autori italiani dell'epoca – sembra rispettare i parametri classificatori ereditati dalla dottrina tedesca. Coerentemente alle premesse, l'alienazione del diritto litigioso sarebbe stata inefficace relativamente al processo in corso, nel quale il dante causa continuerebbe ad essere legittimato ad agire, mentre il successore sarebbe stato destinatario della riflessione della cosa giudicata in virtù del rapporto di successione ridefinito secondo lo schema della pregiudizialità dipendenza²¹³.

208 PAVANINI, *Appunti sugli effetti della successione nelle pretese per atto tra vivi durante il processo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1932, II, 137 ss.

209 Come noto, la sentenza *inutiliter data* è quella emanata all'esito di un processo in cui non abbia avuto modo di partecipare uno dei più litisconsorti necessari. E' da ritenere che il riferimento non fosse in alcun modo casuale, dal momento che l'A. andava proprio in quegli anni studiando l'istituto del litisconsorzio necessario, come poi dimostrerà la successiva monografia, PAVANINI, *Il litisconsorzio nei giudizi divisorii*, Padova, 1948.

210 Si ritiene opportuno insistere sul punto, non per interna adesione alla concezione pubblicistica del processo, ma per la consapevolezza che quella era la direzione in cui, in quegli anni, si stava orientando la dottrina (e con essa la giurisprudenza e, con buona probabilità, il futuro legislatore). Sul punto si veda CHIOVENDA, *Principi*, 3ª ed., Napoli, 1965, 65 s.: "nel processo si svolge una funzione pubblica e questa è l'attuazione della legge, cioè del diritto in senso obbiettivo; questa è la destinazione del processo, non già la difesa dei diritti soggettivi, come molti affermano". E' poi noto come, negli anni immediatamente precedenti alla promulgazione del codice di procedura civile, l'incidenza ed il ruolo della tutela giurisdizionale dei diritti stava costituendo oggetto di acceso dibattito tra i processualisti. Cfr., sul punto, PEKELIS, voce *Azione*, ; SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, I, 32 ss.; ID., *Orientamenti della scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, 276 ss.; CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi della scienza del processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, I, 105 ss. E' possibile ritenere che quel dibattito, e più in generale l'atmosfera culturale diffusa in quel torno di anni in dottrina, abbiano lasciato una visibile traccia sul codice processuale civile, ed in particolare nella materia oggetto del presente studio.

211 Non si tratta tanto di condividere o meno l'impianto politico da cui il codice di procedura civile vigente si è originato, ma di comprenderne i valori effettivamente tutelati attraverso l'esame delle opzioni ideologiche che ne hanno accompagnato l'elaborazione.

212 Sull'influenza che il contesto politico autoritario degli anni '30 e l'indirizzo assunto dagli studi processualistici avrebbero lasciato nella futura legislazione, ANDRIOLI/MICHEL, *Riforma del codice di procedura civile*, in *Ann. Dir. Comp.*, 1946, 204: "Se è vero che l'evoluzione del processo civile, nel senso sopra tratteggiato, non presuppone necessariamente un certo clima politico, è vero però che determinati presupposti politici e costituzionali facilitano l'adozione di un processo civile retto da dati principi. Quest'è, appunto, il caso del codice di procedura civile del 1942, in cui l'adozione del risultato dell'evoluzione dianzi accennata è stata facilitata dai presupposti politici autoritari, cui lo stato fascista ispirava la propria legislazione in ogni campo. [...] In altri termini, se è vero che la concezione autoritaria dello stato ha favorito l'introduzione di un processo, in cui al giudice sono conferiti ampi poteri circa la condotta del procedimento, è pur vero che tale tipo di processo era stato auspicato dalla pratica e dalla scienza processualistica italiana in nome di quelle esigenze tecniche che si erano ormai imposte in ogni paese e che nascono non già da considerazioni estrinseche, di ordine politico, ma che sorgono dall'interno stesso del processo, dalla logica, si vorrebbe dire, del processo civile".

213 Allorio, 165 ss.

Tuttavia, di là di tale ultima ricostruzione, può osservarsi come la giurisprudenza del tempo ben presto si è ben allineata alla chiave di lettura della successione nel diritto controverso offerta dalla dottrina prevalente²¹⁴: il dante causa avrebbe proseguito il giudizio in qualità di sostituto processuale con effetto anche nei confronti del successore.

Oscillazioni si registrano unicamente in relazione alla facoltà di intervento di quest'ultimo. Si assiste ben presto ad un irrigidimento delle iniziali e più liberali posizioni registrate nella giurisprudenza sotto l'influenza della scuola esegetica. In omaggio alla nuova stagione di studi che guardava con slancio sistematico alla legislazione tedesca (ed in particolare al § 265 ZPO), si fa strada in dottrina l'idea che l'intervento volontario del successore debba essere ammesso solo con il consenso delle parti originarie del giudizio²¹⁵. L'ossequio prestato da una parte della giurisprudenza per tale impostazione sembra confermare definitivamente l'ascendenza accademica del nuovo approccio all'istituto in esame²¹⁶. Non sembra invece che si sia mai posta all'attenzione della giurisprudenza il problema dell'eventuale modificazione della domanda ad opera del dante causa a favore del successore²¹⁷.

Sembra potersi concludere che la dottrina maggioritaria, e con essa la giurisprudenza, erano pervenute, pur nell'immutato quadro legislativo di riferimento rappresentato dal codice di procedura del 1865, ad introdurre di fatto una spiegazione del regime della successione nel diritto controverso almeno apparentemente consimile alla lettura che se ne stava dando in quello stesso torno di anni in Germania.

Tuttavia, il tema della eventuale (ir)rilevanza dell'atto di cessione all'interno del processo – al di là di singole eccezioni²¹⁸ – non sembra ancora essere stato consapevolmente tematizzato. Né sembra possibile trarre conclusioni definitive dalla qualifica di sostituto processuale attribuito al dante causa. Semplicemente non si scorgeva motivo alcuno per derogare al principio secondo cui il giudice avrebbe dovuto porre a base della sua decisione ogni circostanza di fatto e di diritto esistente all'ultima udienza di discussione; d'altro canto, si postulava che l'accertamento contenuto nella sentenza avrebbe dovuto retroagire al momento della proposizione della domanda.

214 Agli inizi degli anni '30 l'istituto appare già delineato e consolidato nei contorni tracciati dalla dottrina che vengono così riassunti da ANDRIOLI, *Recenti indirizzi della giurisprudenza in tema di diritto processuale civile*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1933, I, 319 ss., in part. 331 ss., "l'alienazione della cosa litigiosa nel corso di giudizio non priva della legittimazione processuale il cedente, il quale ha interesse a proseguire il giudizio con effetti anche nei confronti del cessionario: a tale risultato si giunge, sia argomentando dall'indipendenza di svolgimento (Cass., 13 luglio 1931, in *Foro it.*, 1932, 735 ss.), che distingue il rapporto processuale e la *res de qua agitur*, sia rinvenendo l'interesse del cedente ad agire nell'obbligo di pagare le spese giudiziali e nella responsabilità per evizione (Cass., 23 luglio 1931, in *Riv. Dir. Proc.*, 1932, II, 137)". Si vedano inoltre Cass., 3 aprile 1930, in *Riv. Dir. Proc.*, 1932, II, 137, con nota di PAVANINI; Cass. 11 luglio 1930, n. 2597, in *Foro it.*, Rep. 1930, voce *Cosa giudicata*, n. 71; App. Catania, 9 novembre 1931, in *Foro it.*, Rep. 1932; Cass., 17 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, I, 97; App. Lecce, 13 maggio 1938, in *Foro it.*, Rep. 1939, 270, voce *Cessione*, n. 6. Per la qualifica del dante causa quale sostituto processuale dell'acquirente si vedano Cass., 27 giugno 1941, in *Foro it.*, 1941, I, 1254; Cass., 8 aprile 1941, n. 1013, in *Mass. Foro it.*, c. 240; Cass., 27 giugno 1940, n. 2123, in *Mass. Foro it.*, 1940, c. 376;

215 Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 876; Betti, 484

216 La necessità del consenso delle parti all'intervento in causa del successore risulta consacrato in Cass., 3 aprile 1930 e Cass., 23 luglio 1931, in *Riv. Dir. Proc.*, 1932, II, 137 ss. Nel medesimo senso si veda T. Locri, 5 febbraio 1936, in *Foro it.*, I, 727 che esclude l'ammissibilità dell'intervento dell'acquirente della cosa litigiosa per la prima volta in appello; App. Milano, 17 novembre 1936, in *Foro Lomb.*, 1936, 239, esclude l'intervento senza adesione delle parti contrarie. Parallelamente, era ritenuta inammissibile l'impugnazione proposta dal successore: per l'appello, v. Cass., 15 luglio 1931, in *Foro it.*, 1932, 735; Cass. 25 luglio 1938, in *Foro it.*, 1938, 1129; per il ricorso in Cassazione, v. Cass., 15 luglio 1937. Ulteriori riferimenti giurisprudenziali di questo periodo in ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1960, 312 s., il quale "ha l'impressione che la giurisprudenza, forse per un malinteso richiamo al § 265 ZPO [...], abbia eccessivamente umiliato la posizione processuale dell'acquirente, giungendo a risultati pratici assai vicini a quelli conseguenziali al divieto di alienazione delle res litigiosae, comminato in alcuni periodi storici del diritto romano". Lo stesso giudizio in Vaccarella, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*,

217 In dottrina, del resto, l'unica voce che si era espressa per sostenere la necessità di una modificazione della domanda risulta essere quella del BETTI, *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1926, II, 320 ss., 326.

218 In questo senso Allorio e Carnacini

Questo era il cuore della contraddizione in cui si agitavano le riflessioni della dottrina; contraddizione che doveva tuttavia saltare agli occhi una volta che l'istituto della successione nel diritto controverso avesse trovato definitivo accoglimento nel nuovo codice di procedura, del quale già fervevano i lavori.

16. L'art. 111 del codice di procedura civile del 1940

Con i tentativi intrapresi nei primi decenni del XX secolo di riformare i codici del 1865 non può dirsi si sia accompagnata sin dall'inizio la consapevole volontà di dotarsi di una regolamentazione positiva della successione nel diritto controverso. Invero, nessuno dei primi progetti per un nuovo codice di procedura civile contiene alcuna disciplina in merito²¹⁹.

Solo il progetto Carnelutti del 1926 contemplava all'art. 43 la fattispecie del trasferimento per atto tra vivi, che veniva inquadrata tra le eccezioni al principio di immutabilità delle parti processuali, a sua volta codificato nell'art. 37²²⁰.

Il progetto Redenti del 1933 conteneva, all'art. 67, una il testo di una disciplina²²¹ che, trasfusa con lievi modifiche nei progetti, preliminare e definitivo, Solmi, rispettivamente agli artt. 18 e 21²²², assumerà in seguito la veste definitiva dell'attuale art. 111 c.p.c.

Non sembra senza interesse rilevare come, così come era stato qualche decennio prima per la *Novelle della Zivilprozessordnung* del 1898, anche nella elaborazione del codice di procedura civile particolarmente dibattuta risulta la questione della "giusta" collocazione da dare alla previsione degli effetti della sentenza nei confronti del successore (nonché, almeno limitatamente al codice italiano, delle clausole di salvezza costituite dalla trascrizione immobiliare e dal possesso di buona fede). Espunta inizialmente dall'art. 21 del progetto definitivo Solmi perché ritenuta di pertinenza del diritto sostanziale, essa troverà definitiva collocazione nell'ultimo comma dell'art. 111 c.p.c., demandando all'interprete di rinvenire il nesso di coordinazione con la disciplina contenuta nel sesto libro del codice civile, in particolare con gli artt. 2909 e 2652-2653 c.c.²²³

219 Nè il Progetto Orlando (1908-1909), né il Progetto Chiovenda (1918), né quello di Mortara (1923) contengono alcuna previsione in proposito, ma si limitano a disciplinare la sola ipotesi di successione mortis causa: cfr. sul punto Lorenzetto Peserico, op. cit., pag. 118 ss. Non possono del resto non ricordarsi le resistenze incontrate anche in Germania per una regolamentazione espressa dell'istituto.

220 L'art. 37 testualmente recitava: "Non può agire o contraddire per la decisione di una lite una parte diversa da quella, la quale ha proposta la domanda o contro la quale la domanda è stata proposta, salvo che l'altra parte vi consenta e salve le eccezioni disposte dalla legge e in particolare dagli articoli seguenti". Mentre l'art. 43 così disponeva: "Qualora prima della chiusura dell'istruzione muti la persona, alla quale appartiene l'interesse in lite per causa diversa da quella indicata nel precedente articolo, il processo continua senza mutamento delle parti, salvo diverso accordo di queste". Il testo dell'articolo è riferito da ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1960, 310 s.), mentre il testo dell'intero progetto è stato pubblicato quale Supplemento alla *Riv. Dir. Proc.*, 1926. Su di esso si veda TARELLO, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti e il Progetto del 1926*, in *Materiali*, cit., IV, Bologna, 1974, 497 ss.

221 Se ne riporta di seguito il testo: "Qualora in corso di giudizio una delle parti trasferisca ad altri per atto tra vivi i beni, i diritti, le azioni o le ragioni di cui si contende, il procedimento prosegue senza interruzione fra le parti originarie, anche se il trasferimento sia reso pubblico o notificato. La sentenza pronunciata nei confronti dell'alienante, spiega i suoi effetti anche nei confronti dell'acquirente. L'acquirente può tuttavia intervenire per la tutela del proprio interesse, e può esser chiamato in causa dalle altre parti. In questi casi l'alienante, con l'accordo delle altre parti, può essere estromesso dal giudizio e l'acquirente può subentrare a lui nel procedimento, nello stato e nei termini in cui si trova, ferma restando la responsabilità dell'alienante per le spese, se le parti espressamente non vi rinuncino".

222 Un sommario panorama dell'iter legislativo è riferito da ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, 3ª ed., Napoli, 1961, 310 ss. L'art. 18 del progetto preliminare Solmi del 1937 era formulato come segue: "Se una delle parti trasferisca ad altri i beni o i diritti di cui si contende, l'acquirente può intervenire volontariamente nel giudizio, ma l'alienante non può essere estromesso se tutte le parti non vi aderiscano. La sentenza pronunciata contro l'alienante spiega in ogni caso i suoi effetti anche contro l'acquirente". Rispetto ad essa, il progetto definitivo Solmi del 1939 avrebbe inteso sottolineare il principio della prosecuzione del giudizio con il dante causa.

223 Rileva Vaccarella, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*, come "la divisione del lavoro tra processualisti e sostanzialisti nella riforma dei codici, che ha lasciato (rectius, conservato) a questi ultimi di disciplinare (riscrivendo il vecchio art. 1351 c.c.) "la cosa giudicata" (sostanziale) con l'art. 2909 ha comportato la necessità per i primi di prevedere nell'ultimo comma dell'art. 111 quella efficacia della sentenza nei confronti del successore a titolo particolare che la ZPO contempla nei confronti di chi è divenuto

Infine, dai lavori preparatori non sembrano emergere altre indicazioni di rilievo in ordine al meccanismo applicativo interno che si sarebbe voluto imprimere all'art. 111 c.p.c.²²⁴

Sta di fatto che la letteratura successiva ascriverà al legislatore italiano di essersi voluto consapevolmente rifare al § 265 ZPO²²⁵, o almeno alla comprensione che ne aveva la dottrina italiana del tempo²²⁶, salva la fondamentale previsione della facoltà di intervento del successore, volontario o su chiamata, nonché del potere di impugnazione della sentenza.

All'indomani dell'entrata in vigore dell'attuale art. 111 c.p.c., il dibattito relativo al regime interno dell'istituto in esame doveva dunque riprendere (o meglio, più propriamente, iniziare) dal punto in cui era stato lasciato in precedenza, peraltro ulteriormente complicandosi per la complessa individuazione dell'entità – quella appunto del “diritto controverso” – intorno a cui avrebbe dovuto ruotare l'ambito di applicazione della disciplina²²⁷.

Venivano così denunciate le contraddizioni insite nella ricostruzione della dottrina previgente che, pur inquadrando il dante causa nella figura del sostituto processuale, continuava a giustificare la *ratio* dell'istituto con il principio della retroattività degli effetti della sentenza al momento della domanda²²⁸. Si prendeva dunque apertamente posizione per la piena rilevanza del fenomeno successorio all'interno del processo²²⁹; e, ancora una volta, l'argomento principale che doveva essere lo stesso utilizzato dalla dottrina tedesca alcuni decenni prima: gli inconvenienti e le aporie cui avrebbe condotto la scissione del rapporto obbligatorio tra un piano sostanziale, esposto al traffico giuridico, da quello processuale refrattario ad ogni modificazione. Si tratta, come ben si vede, di un *leit motiv* che accomuna e avvicina, nonostante il trascorre del tempo, la dottrina italiana a quella tedesca²³⁰.

224 Sembra che il nodo centrale entro cui si agitavano le discussioni in seno alla Commissione delle Assemblee legislative fosse l'opportunità di disporre in termini positivi la possibilità di prosecuzione del giudizio tra le parti originarie piuttosto che la sola previsione della facoltà di intervento del successore. Sul punto si veda WIDMANN, *La successione*, cit., 210, testo e nota 34.

225 Il giudizio è pressoché unanime: tra tutti, v. Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 11; DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 11.

226 Sul punto, icasticamente Vaccarella, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*, secondo il quale l'art. 111 c.p.c. è “figlio più della dottrina, che alla norma tedesca si è ispirata, che delle prescrizioni positive di essa”

227 Al punto sarà dedicato il III capitolo del presente lavoro.

228 Così DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 20 ss., in part. 28, autore del primo studio monografico in Italia sull'istituto in esame: “Una tale teoria, a mio modesto avviso, è contraddittoria. Se si ritiene che gli effetti della sentenza retroagiscano al momento della proposizione dell'azione, che l'attuazione del diritto debba considerarsi avvenuta in quel momento, che la situazione di fatto e di diritto considerata dalla sentenza debba essere quella originaria, è necessario concludere che l'alienante sta in giudizio per un diritto proprio”.

229 Così, ancora, DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 22 s., 29 ss.

230 Le motivazioni addotte da DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 22 ss., sono in tutto sovrapponibili a quelle formulate con settanta anni di anticipo nell'ordinamento tedesco da FOERSTER/ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*, 6 Aufl., I, Berlin, 1892, 667. Si diceva, infatti: “E' giusto che resti inalterata, almeno apparentemente, la situazione processuale [...], ma non è possibile voler considerare inalterata anche la situazione sostanziale. La modificazione o estinzione del rapporto sostanziale da parte del nuovo titolare non può passare inosservata nel processo” (DE MARINI, *La successione*, cit., 22 s.) cui seguono esempi rigorosamente tratti dall'ipotesi di cessione del credito (pagamento al cessionario, remissione, novazione, etc.).

Tale è la lettura dell'istituto verso cui si è orientata la prevalenza degli interpreti²³¹, agevolati per altro dall'intervenuta codificazione (art. 81 c.p.c.) della figura della sostituzione processuale, nella quale si è continuato, almeno tendenzialmente, ad identificare la posizione ricoperta dal dante causa rimasto parte nel processo²³².

Sempre in tale tendenziale e sommario quadro di riferimento, divergenze d'opinioni si riscontrano in ordine al ruolo da riconoscere all'allegazione nel processo del fenomeno successorio, intravedendo in essa taluno il presupposto ineliminabile per l'applicazione di tutte le disposizioni contenute nell'art. 111 c.p.c.²³³. Altri autori riconducono alla mancata allegazione l'inverarsi di una disciplina in un certo senso derogatoria, ove il processo proseguirebbe ad oggetto immutato e in assenza di sostituzione processuale, mentre la sentenza pronunciata sarebbe efficace nei confronti del successore in virtù di un fenomeno di riflessione scaturente dalla previsione del co. 4 dell'art. 111 e della inclusione degli aventi causa fra i soggetti cui l'art. 2909 c.c. estende la sfera soggettiva di efficacia del giudicato²³⁴; ovvero si esclude *toto coelo* che l'art. 111 c.p.c. codifichi un'ipotesi di sostituzione processuale, dando vita piuttosto ad una peculiare fattispecie di *legitimatio ad causam* straordinaria²³⁵; o, ancora, si applica a tale ipotesi la teoria della parte complessa²³⁶.

231 La tesi della rilevanza dell'atto di cessione nel processo sarà sostenuta da ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, 3^a ed., Napoli, 1961, 310 ss.; Balena; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1944, 226; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 98 ss., n. 124; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2^a ed., Torino, 2012, 458; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1959, 177; DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 29; D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Padova, 1941, 91; FAZZALARI, *La successione nel diritto controverso*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1979, 521 ss., 527; ID., *Successione nel diritto controverso*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1384 ss.; JAEGER, *Diritto processuale civile secondo i nuovi codici*, Torino, 1942, 255; LASERRA, *Prospettazione ed effettività dell'art. 111 c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1978, 1285 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973, 80 ss.; LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, 7^o ed., Milano, 1979, 87 s.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2002, 371 ss.; Monteleone; MURONI, *La successione nella res litigiosa nell'arbitrato rituale interno e con profili di internazionalità: analisi retrospettiva dell'ultimo comma dell'art. 816-quinquies c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2007, 903 ss., 909 ss.; PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, 132 s.; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 13, n. 16; ID., *Dell'esercizio dell'azione, sub art. 111*, in ALLORIO, *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1242 ss.; Punzi; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 182; Ricci; 4375, 240; ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, I, Milano, 1942, 313 ss.

232 Invero, una volta ammessa la piena rilevanza del trasferimento del diritto controverso all'interno del processo, è sembrato per lo più naturale inquadrare la posizione del dante causa rimasto parte del processo nell'istituto della sostituzione processuale. Così almeno la maggioranza degli autori citati alla nota precedente.

233 E' questa l'opinione di PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, 133: "l'alienante, se dichiara l'avvenuto mutamento soggettivo, diventa un sostituto processuale, altrimenti rimane, nel processo, nella stessa situazione in cui si trovava prima della alienazione. [...] il processo proseguirà fra l'alienante e la controparte, come se nulla fosse mutato. Il fenomeno traslativo si esplicherà unicamente sul piano sostanziale. L'acquirente del diritto sostanziale non potrà, perciò, intervenire nel processo, ai sensi dell'art. 111, 3^o comma, cod. proc. Civ.; non potrà avvalersi dei mezzi di impugnazione, diversi dall'opposizione di terzo. In altri termini, un tale acquirente non avrà tutti i poteri che l'art. 111 conferisce al successore nel cd. diritto controverso. Il giudicato, invece, si rifletterà su di lui, ma solo in forza delle normali regole civilistiche, cioè, nel senso che gli effetti della sentenza incideranno direttamente nel patrimonio dell'alienante e, soltanto in virtù della normale ripercussione, ricadranno nel patrimonio dell'acquirente [...] per far scattare il complesso meccanismo di cui all'art. 111 cod. proc. Civ., è necessario che l'alienante dichiari nel processo di aver trasferito ad un terzo il cd. diritto controverso. Tale dichiarazione costituisce, invero, uno dei segmenti essenziali della fattispecie a cui è ricollegata la successione nel cd. diritto controverso".

234 In questo senso, in particolare CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2^a ed., Torino, 2012, 458 s., in adesione all'impostazione di GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 207 s., secondo il quale – nella ipotesi prefigurata – "non si verifica una sostituzione processuale dell'acquirente da parte dell'alienante, appunto perché non si può dire che l'alienante faccia valere, in questo caso, un diritto altrui; e l'efficacia della sentenza di cosa giudicata in senso sostanziale [...] spiega anche nei confronti del successore a titolo particolare (art. 111, ult. comma) non è un'efficacia diretta, ma un'efficacia riflessa, che si fonda sopra la successione nel diritto controverso, dall'art. 111 sostanzialmente equiparata, a questo effetto, ad una successione che si verificasse dopo la formazione del giudicato, avente per oggetto il diritto stesso".

235 Tommaseo

236 DE MARINI, *op. cit.*, 180, riconduce la posizione di alienante ed acquirente alla figura teorica della cd. parte complessa.

Per contro, sotto la vigenza dell'art. 111 c.p.c., la tesi della completa irrilevanza del trasferimento nel processo ha continuato a trovare seguito tra gli interpreti in misura certamente maggiore di quanto non avvenisse nella coeva dottrina tedesca, e nonostante il *deficit* costituito dalla difficoltà di rendere ragione del meccanismo interno che giustificasse l'esclusione del fenomeno successorio dall'orizzonte visuale del giudice²³⁷.

Lo spunto per il diverso approccio ermeneutico doveva, ancora una volta, essere offerto dalla considerazione della natura (reale) della situazione di vantaggio fatta valere nel processo e poi trasferita²³⁸, ovvero del lato del rapporto processuale (quello passivo) in cui si sarebbe dovuta verificare la successione a titolare particolare²³⁹, entrambe prese quali casi paradigmatici – se non esclusivi²⁴⁰ – di applicazione dell'istituto in esame. In ogni caso, comune a questa impostazione è il rifiuto di intravedere nelle pieghe dell'art. 111 c.p.c. un'ipotesi di sostituzione processuale²⁴¹, mentre viene variamente evidenziata l'analogia o – comunque – la maggior rispondenza dell'istituto riletto alla luce della prospettiva dell'irrilevanza con altri fenomeni processuali quali la successione nel processo *mortis causa*²⁴², ovvero, al disciplina della successione nel diritto controverso nell'arbitrato (art. 816-*quinquies*, 3° comma, c.p.c.)²⁴³.

In ultimo, alcuni autori hanno suggerito un approccio differenziato al problema, sulla scorta delle analoghe posizioni assunte dalla dottrina tedesca. In tale ottica – si è sostenuto – la teoria della irrilevanza offrirebbe soluzioni del tutto appaganti se applicata alla successione verificatasi

237 Non si riscontra, invero nella dottrina italiana, uno specifico impegno ricostruttivo profuso verso una nuova ed originale esplicazione del meccanismo sotteso all'art. 111 c.p.c. informato alla teoria della *Irrelevanztheorie* che si discosti sensibilmente dalle formulazioni già in precedenza elaborate dalla dottrina tedesca. Possono qui segnalarsi le posizioni di FABBRINI, *L'opposizione ordinaria di terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968, 175, che continua a ricondurre il regime dell'art. 111 c.p.c. al principio della retroattività della sentenza al momento della domanda; LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983, 278, secondo la quale sotteso all'art. 111 c.p.c. opererebbe un fenomeno – limitato alle sole parti processuali e non estensibile a terzi – di subordinazione dell'effetto traslativo sostanziale alla conclusione del processo in senso favorevole al dante causa. Più di recente, un tentativo di riabilitare la teoria della irrilevanza sulla base di una supposta finzione che si celerebbe dietro all'istituto in esame è stato compiuto da WIDMANN, *La successione*, cit., 193 ss.

238 In tal senso ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, 328 ss., il quale, proprio prendendo a riferimento controversie che mettono in gioco assetti *latu sensu* proprietari – in particolare vengono considerate domande di rivendica della proprietà e di impugnativa di contratti di compravendita – arriva a concludere che “non è affatto vero che il trasferimento a titolo particolare del diritto controverso sollevi un problema di *legitimatō ad causam*, attiva o passiva, rispetto alle parti originarie”, *op. cit.*, 331. Ne segue la constatazione per cui l'art. 111 c.p.c. si limita a far fronte al problema della tendenziale limitazione soggettiva di efficacia del giudicato alle sole parti del processo. In tale prospettiva, l'immutazione soggettiva delle parti processuali disposta dall'art. 111, 1° co., c.p.c. sarebbe indice della volontà del legislatore di sancire l'inefficacia, *nel solo ambito del giudizio pendente*, della successione a titolo particolare nel diritto controverso (*op. cit.*, 335, 338 s.).

239 Tale è l'impostazione di VERDE, *Profili del processo civile*, I, 3ª ed., Bologna, 2012, 203 ss., 206, che interpreta l'art. 111 c.p.c. come “espressione del principio chiovendiano secondo cui la durata del processo non deve pregiudicare l'attore che ha ragione”, e – di conseguenza – lo ritiene applicabile alle sole ipotesi di successione verificatisi dal lato passivo del rapporto processuale. In ipotesi di successione dal lato attivo, invece, qualunque sia la consistenza del diritto (reale od obbligatorio) fatto valere, si dovrebbe pervenire al rigetto nel merito della domanda originaria che fa valere un diritto ormai estinto ovvero, qualora l'attore modifichi la domanda chiedendone l'accoglimento in favore del cessionario, per difetto di legittimazione ad agire; VERDE, *op. cit.*, 205.

240 Così VERDE, *op. cit.*, 206

241 In tal senso: ATTARDI, *Diritto processuale*, cit., 334 s.; VERDE, *op. cit.*, 207; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 417; VOCINO, *Contributo alla teoria del beneficio d'inventario*, Milano, 1942, 59, secondo il quale la prosecuzione del processo da parte dell'alienante “non ha bisogno d'appoggiarsi a una pretesa sostituzione dell'ultimo all'acquirente del diritto litigioso”. Così, espressamente, anche MENGONI, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, 360 ss., 365, nt. 11.

242 E' il rilievo svolto da ATTARDI, *Diritto processuale*, cit., 328 e 336, secondo cui la prospettiva della irrilevanza del trasferimento si consiglierebbe anche per l'analogia con la disciplina della successione nel processo di cui all'art. 110 (e 111, 2° co.) c.p.c., in cui si danno certamente ipotesi (mancata dichiarazione del venir meno della parte ovvero mancata accettazione pura e semplice dell'eredità) in cui il processo prosegue sul rapporto originario facente capo al *de cuius*. Tale considerazione è condivisa da LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983, 247 ss.; WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Trento, 2015.

243 CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997, 146 ss

dal lato passivo del rapporto processuale. Al contrario, in ipotesi di trasferimento operato da parte dell'attore – e il riferimento precipuo doveva ancora correre alla fattispecie della cessione del credito – dovrebbe ammettersi la piena rilevanza della cessione nel processo onde ammettere il convenuto ad opporre eventuali eccezioni personali al cessionario²⁴⁴.

La giurisprudenza, dal canto suo, non pare più neanche sollevare questioni in ordine alla piena rilevanza del trasferimento nel processo, ma si limita a reiterare l'insegnamento tradizionale consentendo al dante causa di proseguire il processo in qualità di sostituto processuale del cessionario²⁴⁵. Mentre non pare si sia neanche minimamente posto all'attenzione dei giudici il problema anche solo della eventualità che la domanda potesse essere modificata a seguito del trasferimento del diritto controverso²⁴⁶.

Tuttavia non sembra senza interesse rilevare come, agli occhi degli interpreti tedeschi, la posizione assunta dalla giurisprudenza italiana – e con essa dalla dottrina che, condividendone o meno gli esiti applicativi, conclama il trionfo delle tesi rilevantistiche – verrebbe più propriamente classificata come una forma attenuata di *Irrelevanztheorie*, qualificata dalla spendibilità di eccezioni nei confronti del cessionario e dalla mancata necessità di mutamento della domanda²⁴⁷.

17. Cenni al problema dell'ambito applicativo dell'art. 111 c.p.c.: la teoria delle *distinctiones*

E', tuttavia, in relazione al tema dell'ambito applicativo dell'art. 111 c.p.c. che si sarebbe registrata in Italia, a partire dalla seconda metà del XX secolo, una viva e sentita polemica che non sembra essersi ancora sopita. E ad accenderla avrebbero contribuito gli stessi indirizzi interpretativi che già si erano delineati nella dottrina tedesca, amplificati poi da alcune peculiarità proprie dell'ordinamento processuale e sostanziale italiano.

Le immediate ricadute pratiche cui avrebbe portato la versione italica del meccanismo applicativo dell'art. 111 c.p.c. ispirato alla teoria della rilevanza avrebbero confermato le tendenze restrittive del campo di applicazione dell'istituto in esame che si erano già affermate in riferimento

244 In tal senso LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2009, 376 ss., nonché ID., *Successione nel processo*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; 5, dove si fa l'esempio del pagamento che il convenuto debitore voglia effettuare

245 La massima appare del tutto incontrastata. Si vedano Cass., 23 ottobre 2014 n. 22503; Cass., 24 febbraio 2014 n. 4368; Cass., 7 agosto 2013 n. 18867, in CED Cassazione, 2013; Cass., 22 ottobre 2009 n. 22424, in CED Cassazione, 2009; Cass., 31 agosto 2005 n. 17586, in Guida al diritto, 2005, 40, pag. 54; Cass., 4 giugno 2003 n. 8884, in Arch. civ., 2004, pag. 551; Cass., 23 maggio 2003 n. 8215, in Arch. Civ., 2004, pag. 388; Cass., 13 aprile 1999 n. 3623, in Mass. Giur. It., 1999; Cass., 21 gennaio 1995 n. 713, in Mass. Giur. It., 1995; Cass., 7 agosto 1990 n. 7970, in Mass. Giur. It., 1990; Cass., 25 giugno 1988 n. 4320, in Mass. Giur. it., 1988; Cass., 27 febbraio 1987 n. 2110, in Mass. Giur. it., 1987; Cass., 7 aprile 1986 n. 2405, in Giust. civ., 1986, I, pag. 1267. In passato, per alcune pronunce che sposavano la tesi della irrilevanza, si veda WIDMANN, *La successione, cit.*, 196, n. 1

246 Non constano infatti pronunce nelle quali, *more germanico*, si sia pervenuti al rigetto della domanda per mancata modificazione della stessa ad opera dell'attore che abbia trasferito in corso di causa il diritto controverso. Ed anzi, per giurisprudenza consolidata, in un processo interessato da un fenomeno di successione a titolo particolare dal lato attivo del rapporto processuale (ipotesi conclamata in cui per la dottrina la cessione sarebbe sempre rilevante nel processo), la condanna viene sempre e comunque emessa a favore del cedente, a meno che il cessionario sia intervenuto e abbia formulato domanda a proprio favore e le altre parti abbiano aderito all'estromissione del cedente. In tal senso, si v. Cass., 29 ottobre 1971, n. 3076, in Foro it., 1972, I, 1674 ss., 1679; Cass., 22 luglio 1991, n. 8168, in Arch. Giur. Circolaz., 1991, 891 ss.

247 LAMMEYER, *Konflikt, cit.*, 250 s., pur non pronunciandosi in riferimento specifico alle modalità applicative dell'art. 111 c.p.c. invalse in Italia, qualifica come una "*moderne Form der Irrelevanztheorie*" quella che – pur qualificando la posizione del dante causa come di un sostituto processuale che faccia valere, dal momento del trasferimento, un diritto oramai in capo al cessionario – non imponga tuttavia la modifica della domanda originaria a favore dell'avente causa. In tal caso, il processo sarebbe in ogni caso aperto alle eccezioni proponibili nei confronti del successore e la sentenza farebbe – come di consueto – riferimento alla situazione sostanziale sussistente al momento dell'udienza di precisazione delle conclusioni. L'interpretazione riferita in relazione al § 265 ZPO è stata sostenuta, fino all'ultima edizione del suo manuale, da ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., Muenchen, 2010, 551 ss., 557 s., Rn. 31 ss., e da JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 29. Aufl., Muenchen, 2007, 281. Per il rilievo della completa estraneità di tali ultime ricostruzioni dalle originarie formulazioni della Irrelevanztheorie, si v. LAMMEYER, *Konflikt, cit.*, 251; nonché HENCKEL, *Stein/Jonas – ein Grosskommentar zur Zivilprozessordnung*, in *Juristen Zeitung*, 1992, 645 ss., 650.

al § 265 ZPO. Tali tendenze, tuttavia, non si sarebbero più limitate ad escludere dall'ambito di operatività dell'art. 111 c.p.c. la sola successione costitutiva²⁴⁸.

Il nuovo fronte che sarebbe stato destinato invece ad aprirsi concerneva e concerne tuttora il problema del coordinamento dell'istituto della successione nel diritto controverso con le norme sulla trascrizione delle domande giudiziali fatte salve dall'ultimo comma dell'art. 111 c.p.c. dopo aver previsto la soggezione del successore alla sentenza emessa contro il dante causa.

A tal proposito, un primo e consistente indirizzo dottrinario e giurisprudenziale ritiene (e continua a ritenere) che il richiamo alle norme sulla trascrizione dovesse intendersi come relativo a tutte le ipotesi disciplinate dagli artt. 2652 e 2653 c.c., in cui – come noto – confluiscono alla rinfusa azioni reali e azioni personali aventi variamente ad oggetto un titolo contrattuale traslativo della proprietà in relazione al quale si domandi l'accertamento o la demolizione degli effetti prodotti. In tale ottica il coordinamento di tale normativa con l'istituto della successione nel diritto controverso doveva unicamente risiedere nello slittamento del referente temporale rilevante nei confronti dei terzi ai fini della determinazione – rispettivamente – del momento di acquisto del bene immobile e della pendenza delle domande soggette a trascrizione²⁴⁹.

Gli argomenti di critica a tale impostazione sarebbero stati forniti proprio dal recepimento dei criteri esegetici elaborati nel corso del tempo in relazione al § 265 ZPO, nella lettura che ormai ne stava dando la coeva dottrina tedesca. Si osservava così che solo un'azione reale avrebbe potuto rendere "controversa" la proprietà, perché solo in tal caso il trasferimento di quest'ultima in corso di lite avrebbe fatto perdere la *legitimatio ad causam* all'alienante²⁵⁰. Al contrario, invece, per le azioni personali previste dagli artt. 2652 e 2653 c.c. il trasferimento del diritto di proprietà non avrebbe privato l'alienante della legittimazione ad agire in un processo in cui si controverteva del proprio titolo di acquisto. In tali ultimi casi, dunque, l'art. 111 c.p.c. si sarebbe rivelato del tutto inapplicabile²⁵¹.

248 Sulla successione costitutiva

249 Tale indirizzo indottrina è sicuramente il più risalente e, ancora oggi, prevalente. Si vedano per esempio Mengoni, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, I, 300 ss.; Id., *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, 101 ss., 117 s.; Id., Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali, cit., 379, 400; Ferri, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile Scialoja/Branca*, 2^a ed., Roma-Bologna, 1966, 240 ss.; Gentile, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, 464 ss.; Natoli, *Della tutela dei diritti, trascrizione*, in *Commentario del codice civile*, Libro VI, Tomo I, Torino, 1959, 150 ss.; Zignoni, *Sulla trascrizione delle impugnazioni degli atti giuridici*, in *Foro pad.*, 1951, III, 131 ss.; Andrioli, *Commento*, cit., I, 316 s.; Liebman, *Manuale*, cit., I, 147; Micheli, *Corso*, cit., I, 208 s.; Mazzacane, *Inammissibilità della opposizione ordinaria di terzo proposta dall'acquirente a titolo particolare*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, I, 116 ss.; Verde, *Il pignoramento*, Napoli, 1964, 233 s., nt. 80, 239 ss., 302 nt. 184; Id., *Profili del processo civile*, cit., I, 212 ss.; Mastrocinque, *La trascrizione*, Roma, 1963, 323 ss. In progresso di tempo aderiranno a tale interpretazione, Attardi, *Diritto processuale civile*, cit., I, 336 ss.; Fazzalari, *La successione nel diritto controverso*, cit., 530 ss.; Id., *Successione nel diritto controverso*, cit., 1390; Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 372 ss.; Id., *Successione nel processo*, cit., 10; Id., *Le azioni di restituzione da contratto e la successione nel diritto controverso*, cit.; Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., 107 ss.; Picardi, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 315 ss.; Vaccarella, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*, cit., 350 ss. In giurisprudenza, si vedano: Cass. 12 gennaio 1950, n. 83, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, I, 112 ss.; Cass. 14 febbraio 1966, n. 442, in *Foro it.*, 1966, I, 1715 ss.;

250 DE MARINI, *La successione*, cit., 48 ss., 263 ss.; Satta, *Commentario*, cit., I, 419 s., 426 s.; BIGIAVI, *Risoluzione per inadempimento ed alienazione della cosa litigiosa*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1954, 153 ss.; Andrioli, *Lezioni*, cit., I, 315 ss.; COLESANTI, *Trascrizione della domanda e sequestro del bene alienato lite pendente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 226 ss., 241 ss., 247 ss.; ROVELLI, *Sui rapporti tra azione di riduzione ed art. 111 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1966, I, 1775

251 DE MARINI, *La successione*, cit., 49: "Secondo i principi generali sulla legittimazione ad agire, in caso di trasferimento del diritto controverso, l'alienante dovrebbe perdere la legittimazione e il processo non potrebbe più essere definito nei suoi confronti: sarebbe quindi necessario [...] instaurare un nuovo processo contro l'acquirente [...] Se questa è la funzione dell'art. 111 c.p.c. [...] appare chiaro che il diritto controverso è quello la cui titolarità, o pretesa titolarità, legittima la parte in causa. Il trasferimento di un diritto destinato, a causa di subordinazione di rapporti giuridici, a subire gli effetti del giudicato, non determina l'applicazione della norma in questione, quando tale trasferimento non faccia cessare la legittimazione ordinaria ad agire dell'alienante". Nello stesso senso: BIGIAVI, *Risoluzione per inadempimento ed alienazione della cosa litigiosa*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1954, 153 ss.; ROVELLI, *Sui rapporti tra azione di riduzione ed art. 111 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1966, I, 1775; COLESANTI, *Trascrizione della domanda e sequestro del bene alienato lite pendente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 227 ss.

In particolare, occorre rilevare come confluissero in tale ricostruzione due diverse postulati, elaborati dalla dottrina tedesca in relazione all'interpretazione del § 265 ZPO, che non si aveva remora di trasporre asetticamente anche in riferimento all'esegesi dell'art. 111 c.p.c. Da una parte veniva infatti recepita incondizionatamente la più stringente applicazione della *Relevanztheorie*, incentrata sulla nozione della perdita della *Sachlegitimation* onde definire l'ambito di applicazione della successione nel diritto controverso. Dall'altra, il riferimento al carattere reale delle azioni che avrebbero potuto rendere controverso il diritto di proprietà su una cosa costituiva sicuramente un dato tendenziale dell'ordinamento tedesco, che tuttavia la più recente dottrina aveva provveduto ad attenuare

In progresso di tempo tale indirizzo interpretativo restrittivo – icasticamente contrassegnato con l'epiteto di “teoria delle *distinctiones*”²⁵² – si sarebbe andato ulteriormente precisando e definendo nel suo fondamento dogmatico. Esso si è infatti reso, almeno in parte²⁵³, indipendente dalla sua originaria formulazione centrata sul sopraggiunto difetto della legittimazione ad agire, mentre si sarebbe indissolubilmente legato all'interpretazione della locuzione “diritto controverso” il cui trasferimento avrebbe innescato la disciplina dell'art. 111 c.p.c. Questo sarebbe dovuto coincidere con il diritto sostanziale affermato²⁵⁴ e dedotto in giudizio²⁵⁵, costituente – al medesimo tempo – oggetto immediato del giudizio²⁵⁶ e situazione legittimante al processo²⁵⁷.

Di qui, la conferma della conclusione per cui l'operatività dell'istituto della successione nel diritto controverso si sarebbe dovuta escludere non solo nelle ipotesi di successione costitutiva, ma anche in tutte le fattispecie disciplinate dagli artt. 2652 e 2653 c.c. in cui non si verifica la coincidenza tra situazione legittimante, oggetto del processo e oggetto del trasferimento²⁵⁸.

Al più, dalle norme in materia di trascrizione delle domande giudiziali – che, pur non rientrando nell'ambito dell'art. 111 c.p.c., comminavano un pregiudizio per il terzo subacquirente nel caso del venir meno del titolo di acquisto del proprio dante causa – si sarebbe potuto ricavare un principio generale dell'ordinamento: quello per cui “la sentenza pronunciata su di un rapporto giuridico cd. pregiudiziale o condizionante manifesta la sua efficacia riflessa nei confronti del terzo titolare di un rapporto oggettivamente e soggettivamente diverso da quello deciso ma giuridicamente dipendente da questi”²⁵⁹. Mentre, per i beni mobili e per le universalità di mobili, il rischio a cui si esponeva l'attore vittorioso sarebbe stato quello di perdere ogni prospettiva di

252 In tal senso PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 260 ss.

253 In realtà, l'argomento incentrato sulla perdita della legittimazione ad agire sarebbe continuato a riaffiorare continuamente anche nella successiva letteratura, come un filo rosso che attraversa l'intera storia dell'istituto della successione nel diritto controverso. Si veda, ad esempio, PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 23 dove si dà conto dell'esclusione delle azioni personali dall'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c. “poiché in questo caso il trasferimento non priva l'alienante della *legitimatio ad causam*”. Ancora più di recente si è proposto di individuare nel sopravvenuto difetto di *Sachlegitimation* il “criterio di riferimento per circoscrivere l'ambito applicativo dell'istituto della successione nel diritto controverso”; si veda WIDMANN, *La successione*, cit., 411 ss. Il punto problematico, tuttavia, consiste in primo luogo nell'individuazione precisa del concetto tedesco di *Sachlegitimation* e nella sua concreta importabilità e traducibilità in Italia. In secondo luogo occorre rilevare come tale massima si sposi ineluttabilmente con le dinamiche applicative proprie della *Relevanztheorie*, il ché si pone in insanabile contrasto con l'affermazione dell'autrice da ultimo citata secondo cui sarebbe possibile applicare anche nel nostro ordinamento la teoria della irrilevanza (WIDMANN, *La successione*, cit., 411 ss.).

254 PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 40.

255 PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 41, 43

256 PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 61

257 PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 64: “Le espressioni diritto controverso, oggetto del processo e situazione legittimante (in via ordinaria) si riferiscono tutte a una medesima realtà: il diritto sostanziale (meramente ipotetico, affermato) fatto valere in giudizio”. L'identificazione tra situazione legittimante e diritto controverso era stata già operata – come si è visto – da DE MARINI, *La successione*, cit., 46 ss

258 In particolare, le azioni personali immobiliari che in tal modo non avrebbero più trovato coordinamento con l'art. 111 c.p.c. sarebbero state quelle previste dai numeri 1, 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 2652 c.c. e quelle dei numeri 3 e 4 dell'art. 2653 c.c. Si veda al riguardo PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 146 ss.

259 Così PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Padova, 1965, 197, secondo il quale – anzi – per la dimostrazione dell'esistenza di tale efficacia riflessa della sentenza si sarebbero rivelati determinanti proprio le norme in materia di trascrizione delle domande giudiziali: cfr. PROTO PISANI, *op. ult. Cit.*, 190 ss.

recuperare il bene trasferito con il contratto caducato, in quanto il terzo acquirente in corso di causa sarebbe stato già tutelato dagli artt. 1415, 1445, 1452, 1458 c.c. indipendentemente dall'inverarsi di ogni fattispecie di acquisto a titolo originario (art. 1153 c.c., richiamato dall'art. 111 c.p.c.)²⁶⁰.

Sulla nozione dell'efficacia riflessa della sentenza diffusa presso una parte della dottrina italiana si tornerà nel proseguo di questo lavoro; per ora può delinearsi una immediata conseguenza dell'approccio interpretativo così inaugurato. Il problema interpretativo fondamentale sotteso all'art. 111 c.p.c. non avrebbe più immediatamente riguardato il bilanciamento dei contrapposti interessi – da un lato – della controparte estranea alla successione ad ottenere una tutela giurisdizionale effettiva e – dall'altro – del terzo successore a non vedersi imporre un giudicato formatosi all'esito di un processo a cui non avesse partecipato. Piuttosto tale considerazione – che continua almeno formalmente a figurare tra le righe dell'orientamento riferito²⁶¹ – sarebbe passata in secondo piano, filtrata dalla preoccupazione primaria e prettamente teorica dell'esatta individuazione dell'oggetto del giudizio nei processi che avrebbero potuto sperimentare una vicenda successoria a titolo particolare²⁶². Ma, per alcuni caratteri di sistema propri dell'ordinamento italiano rispetto a quello tedesco – che possono essere sin da subito individuati nell'adozione del principio consensualistico e nel ricorso sistematico alla tutela costitutiva rispetto a quanto già non avvenisse nell'ordinamento tedesco – a risultare escluse sarebbero risultate tutte le azioni (per lo più costitutive) aventi direttamente ad oggetto un titolo contrattuale traslativo della proprietà o di altro diritto reale su di un bene immobile di cui si domandasse l'accertamento o la demolizione degli effetti prodotti

18. Punti fermi della ricerca storica-comparata e nuove prospettive di indagine

La ricerca storico-comparata compiuta esibisce alcuni elementi ricorrenti, che si provvederà ora a riassumere, e che sembrano poter rappresentare un punto di partenza per il proseguo dell'indagine.

In primo luogo sembra attestarsi come dato costante del fenomeno indagato, a prescindere dall'ordinamento e dal periodo storico considerato, una disciplina diversificata del regime della successione nel diritto controverso che arriva a toccare il suo culmine nell'ordinamento francese, dove alla diversa natura – reale od obbligatoria – della situazione giuridica fatta valere nel processo, viene a corrispondere una trattamento processuale diverso ed opposto in punto di limiti soggettivi degli effetti della sentenza emessa in mancanza della partecipazione al processo del successore.

Meno accentuata risulta invece la differenziazione nel diritto comune tedesco dove le fonti compulsate sembrano comunque confermare una considerazione diversificata – per quanto poi convergente nel risultato pratico – del regime della successione nel diritto controverso, evidenziata dalla risalente contrapposizione dottrinarie tra cessione delle *actiones* e delle *res litigiosae*.²⁶³ Su tale contrapposizione si sarebbe del resto fondata anche la legislazione positiva dei *Laender* tedeschi nel corso del XIX secolo, e di essa sopravvive una innegabile eco nella stessa dizione dell'attuale § 265 ZPO, dove risultano giustapposte le ipotesi della “*Veraeusserung der in Streit befangenen Sache*” nonché della “*Abtretung des geltend gemachten Anspruchs*”²⁶⁴.

260 In tal senso già BIGIARI, *Risoluzione per inadempimento ed alienazione della cosa litigiosa*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1954, 147 ss., 153 ss., “il subacquirente di cosa mobile non pagata è sempre protetto anche se non può invocare la regola ‘possesso vale titolo’, anche se abbia acquistato lite pendente. Questo perché l'art. 111 c.p.c. nulla aggiunge all'art. 1458 c.c., e quindi non attribuisce retroattività reale al giudicato di risoluzione in materia mobiliare”. Sul punto si veda in particolare MENGONI, *Note sulla trascrizione*, cit., 369 s.

261 Cfr. PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 66

262 E' questo, infatti, il *leit motiv* dell'indagine condotta da PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 66 ss

263 In particolare, in chiusura del par. 3.

264 Per una simile conclusione depongono sia le fonti di diritto comune di matrice tedesca (par. 3), sia la disciplina positiva adottata dai singoli *Laender* prima della unificazione della Germania (par. 4), sia – seppur in un diverso contesto culturale – la regolamentazione, elaborata prettamente in via pretoria, ancora oggi vigente in Francia.

Su questo più generale sfondo sembra potersi contestualizzare anche la più recente diatriba tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie*, paradossalmente sviluppata una volta che l'istituto in esame aveva trovato una definitiva e unitaria regolamentazione nell'ambito del § 236 CPO. La possibilità di instaurare un collegamento diretto tra quest'ultima contrapposizione di chiavi di lettura e la più risalente fondata su quella tra *actiones* e *res litigiosae*, è emersa proprio dall'approfondimento delle fonti storiche e dall'esame dei lavori preparatori della *Civilprozessordnung*.

Si è visto, infatti, che il legislatore storico tedesco, nell'approntare la disciplina in ultimo confluita nel § 265 ZPO, avrebbe inteso imprimergli un regime operativo in forza del quale si sarebbe dovuta considerare irrilevante – perché fittiziamente postergata all'avvenuta conclusione del processo – l'intervenuta successione nel diritto controverso in corso di causa. Ciò sarebbe dovuto avvenire attraverso la ricezione della disciplina che la prassi applicativa dell'ordinamento prussiano aveva elaborato, a partire dalle contraddittorie disposizioni dei §§ 383-384 ALR e, più in particolare, dei §§ 48 e 9 dell'*Allgemeine Gerichtsordnung*, per il caso di cessione della *res litigiosa* da parte del convenuto²⁶⁵.

Di qui la formulazione del sospetto – che in realtà assume i toni di una semplice constatazione – che sia in qualche modo connaturata all'istituto della successione nel diritto controverso una disciplina diversificata il cui fondamento sembrerebbe apparentemente risiedere sulla diversa posizione occupata dalla parte processuale che opera il trasferimento in corso di giudizio.

In quest'ottica troverebbe conferma in una risalente e vetusta tradizione l'attuale tendenza – maggioritaria in Germania e sostenuta da alcune autorevoli voci di dottrina anche in Italia – a considerare immanente, nel regime della successione nel diritto controverso, una disciplina differenziata a seconda del diverso lato del rapporto processuale, rispettivamente attivo ovvero passivo, in cui si verifica il trasferimento. Si potrebbe così essere tentati di concludere – forse un po' frettolosamente – che dovrebbe ritenersi applicabile, in omaggio alla tradizione, la *Relevanztheorie* in ipotesi di trasferimento ad opera dell'attore, e la *Irrelevanztheorie* in caso di alienazione da parte del convenuto.

Senonché, ad una più attenta riflessione, le giustificazioni addotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche per spiegare simile interpretazione – segnatamente l'impossibilità di concepire una condanna formulata nei confronti di un soggetto che non abbia preso parte al processo²⁶⁶ – non sembrano cogliere un elemento essenziale della disciplina in esame, ma piuttosto un dato ad essa estrinseco e quasi un limite alla stessa possibilità di configurare una sostituzione processuale dal lato passivo del rapporto processuale²⁶⁷. Del resto, tali giustificazioni insistono su motivi di opportunità e su argomentazioni di carattere prettamente processuale, inevitabilmente postume rispetto alla prima emersione dell'istituto²⁶⁸, che non risultano in grado comunque di spiegare la più risalente contrapposizione tra trasferimento delle *actiones* e delle *res litigiosae*²⁶⁹.

Piuttosto, nel corso della ricostruzione storica, è sembrato emergere con insistenza un secondo profilo differenziale della disciplina indagata, costituito dalla diversa natura, rispettivamente reale od obbligatoria, delle situazioni di vantaggio oggetto del processo ovvero di trasferimento in corso di causa. Ed è proprio tale profilo a suscitare particolare interesse, soprattutto in una considerazione comparata, per la possibilità di rinvenire una spiegazione unitaria che giustifichi l'operare di una molteplicità di fenomeni riscontrati.

265

266 Si ricorderà come tali

267 Verde

268 Si ricorderà infatti che tale insegnamento appare formulato per la prima volta dal Kohler sul finire del XIX secolo.

269 Sulle ragioni di tale più risalente regime differenziato si è volutamente soprasseduto nell'ambito di questa prima ricostruzione storica, in quanto la sua spiegazione avrebbe preliminarmente richiesto l'approfondimento dei rapporti tra diritto e processo secondo la comprensione diffusa nel corso del XIX secolo. Su ciò si avrà modo di soffermarsi nel secondo capitolo del presente lavoro.

In primo luogo, è a tale criterio che è apertamente ispirato il (completamente) diverso regime della successione nel diritto controverso (*rectius*: dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza) ancora oggi vigente in Francia²⁷⁰.

In secondo luogo non può ritenersi casuale che il legislatore storico tedesco, nell'apprestare il meccanismo che avrebbe inteso sottendere al § 265 ZPO ed ispirato alla dottrina della irrilevanza, si fosse ispirato alla disciplina vigente nell'ordinamento prussiano per la *Veraeusserung der streitbefangenen Sache*, che – come si è visto – avrebbe dovuto trovare applicazione a controversie alle controversie relativi a beni materiali di cui fosse possibile il possesso.

Le interpretazioni offerte dai primi commentatori dell'ordinanza processuale che – seppur con diverse e variegate ricostruzioni dogmatiche – si mantenevano fedeli all'originario disegno del legislatore tedesco, avrebbero costituito in nuce il nucleo interpretativo fondamentale di quella congerie di teoriche passate alla storia sotto il nome di *Irrelevanztheorie*, la quale è da sempre apparsa una chiave di lettura dell'istituto in esame più adeguata e calzante nel caso di successione verificatasi dal lato passivo del rapporto processuale, allorché a venire in rilievo è il trasferimento di situazioni giuridiche di consistenza reale²⁷¹.

Al contrario, la stessa *Relevanztheorie* ha trovato in Germania la sua primitiva formulazione²⁷², e si è in seguito potuta affermare anche in Italia²⁷³, ad opera di autori che avrebbero posto al centro della loro riflessione l'ipotesi della cessione del credito in corso di causa effettuata dall'attore²⁷⁴.

Non solo. Si ricorderà come, con il prevalere agli inizi del XX secolo della *Relevanztheorie* nella giurisprudenza del RGH, la cristallizzazione del regime operativo interno a tale teorica – fondato sull'inquadramento del dante causa come sostituto processuale del successore e sul concetto della “*Verlust der Sachlegitimation*” quale indice applicativo del § 265 ZPO – avrebbe avuto rilevanti ripercussioni sul regime operativo dell'istituto in esame in ipotesi di successione costitutiva, contribuendo ad ulteriormente differenziare il trattamento processuale a seconda della natura reale od obbligatoria delle situazioni di vantaggio controverse. Infatti, mentre la costituzione di un usufrutto o di pegno sul credito controverso avrebbe continuato a determinare la perdita della *Sachlegitimation* del creditore – innescando pertanto il meccanismo ritenuto caratteristico del § 265 ZPO letto alla luce della teoria della rilevanza –, al contrario le medesime ipotesi di successione costitutiva (ad esempio la costituzione di ipoteca ovvero di usufrutto sulla res litigiosa).

L'idea di base, che necessiterà di ulteriori conferme nel proseguo del lavoro ma che può fondatamente rappresentare una proficua direzione di ricerca, è che sussista una disciplina – per così dire – “naturale” della successione nel diritto controverso, che meglio si attagli alle diverse caratteristiche strutturali delle situazioni di vantaggio, se non che addirittura ad esse si imponga.

Il compito che ci si propone nel capitolo successivo sarà quello di rendere ragione, in un'ottica sistematica, di questi caratteri e punti che l'analisi storica ha per ora solo provveduto ad evidenziare. Nel far ciò sarà necessario seguire da vicino l'evolversi nel corso del tempo di alcuni dei più importanti degli istituti processuali che, ancora oggi, impegnano le riflessioni dei giuristi in quella terra di mezzo costituita dai rapporti tra diritto e processo.

Nel far ciò si tenterà di fornire una spiegazione razionale – il più possibile avulsa da ogni preconconcetto dogmatismo – sulle ragioni che giustificano le diversità applicative del medesimo istituto nei diversi ordinamenti presi in considerazione. Si renderà dunque necessario abbandonare la prospettiva meramente storiografica e incamminarsi su quella che, forse non senza qualche enfasi, può definirsi una storia di dogmi.

270 Si v. par. 13.

271 Par. 3, per la disciplina nel processo di diritto comune; par. 4, per quella vigente in Prussia nel XIX; si confrontino inoltre le posizioni di Arndt in Germania e di Carnacini, Attardi e Verde in Italia

272 (con Eccius, nella giurisprudenza tedesca a cavallo del XIX e del XX secolo)

273 Con De Marini

274 Si vedano, rispettivamente, i parr. 8 e 14.

CAPITOLO II

IL REGIME “INTERNO” DELLA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO

Sezione I: Introduzione

19. Il problema dell’approccio all’oggetto della ricerca

Nel capitolo precedente si è cercato di dar conto – nei limiti in cui la complessità della materia e le forze lo hanno permesso – dell’evoluzione storica della disciplina della successione nel diritto controverso, in una prospettiva comparata che ha portato a raffrontare le diverse soluzioni apprestate in diverse epoche negli ordinamenti tedesco, francese e italiano.

L’esposizione si è fin qui limitata, per quanto è stato possibile, a riferire con distacco quelle che, retrospettivamente, sembrano rappresentare le tappe più significative della storia letteraria dell’istituto, oggi codificato al § 265 ZPO e all’art. 111 c.p.c. Guardando indietro all’ampio dibattito innescato dalla loro positiva regolamentazione, non è chi non veda infatti come la stessa narrazione della disciplina che ne ha via via offerto la dottrina abbia avuto sull’istituto un ruolo – se si vuole – autopoietico, capace cioè di ridefinire le sue modalità operative e il suo stesso ambito di applicazione, contribuendo a farne – con l’adesione della giurisprudenza – diritto vivente. Il che appare tanto più sorprendente se si pensa come tale fenomeno si è venuto realizzando a cavallo di due diversi ordinamenti che – al netto di reciproci scambi ed influenze – pur esibiscono tra loro profonde ed innegabili divergenze.

A colpire, in particolare, è la forza con cui la tradizione ha saputo perpetrare, al di là di poche ma autorevoli eccezioni²⁷⁵, quella polarizzazione di ricostruzioni dell’istituto in esame focalizzate nel binomio della *Relevanz-* e della *Irrelevanztheorie*²⁷⁶. Tale profilo meriterà nelle pagine che seguono un seppur liminare approfondimento, soprattutto in riferimento alle ragioni che hanno reso quella riferita, da quanto è emerso, la principale – se non esclusiva – chiave di lettura del fenomeno indagato.

Anche per tale motivo la scelta di coinvolgere, nell’indagine storica e comparata, ordinamenti che ignorano tale stringente alternativa rispondeva al consapevole tentativo di distogliere lo sguardo da quello che si sarebbe potuto interpretare come una peculiarità propria dell’attuale disciplina positiva italo-tedesca. Eppure, fin dove si posasse l’attenzione – che si è voluto limitare a tradizioni giuridiche di più stretta e comune origine – veniva sempre restituita l’impressione che il fenomeno indagato riposi su una latente lettura differenziata della disciplina, che sembra risiedere nella diversa natura della situazione di vantaggio coinvolta nel processo²⁷⁷. Anche tale aspetto si dimostra di particolare interesse, in vista di un futuro approfondimento, per le note generalizzanti che verrebbero a contrassegnare l’istituto in esame.

Tracciati in questo modo alcuni dei punti che si vorrebbe toccare nel proseguo della ricerca, sembra necessario mettere in guardia da un’illusione che l’indagine storica condotta nel capitolo precedente dovrebbe aver definitivamente fugato: quella cioè di poter considerare la disciplina della successione nel diritto controverso come un fenomeno avulso dal contesto culturale e dogmatico in cui è nata.

Ciò eviterà di incorrere in un errore metodologico che potrebbe rivelarsi fatale nell’impostare la direzione che dovrà assumere nel proseguo l’indagine.

275 Wach; Vaccarella; Diensthueler

276 E’ infatti emerso come il legislatore tedesco della *Civilprozessordnung* avrebbe inteso imprimere al § 265 ZPO un meccanismo che – comunque lo si voglia teoreticamente giustificare – avrebbe dovuto considerare irrilevante nel processo l’intervenuta successione. I diversi modelli teorici elaborati dalla dottrina tedesca che si manteneva fedele a tale disegno originario per giustificare detto regime sarebbero passate alla storia sotto il nome di *Irrelevanztheorie*

277 Al riguardo, si rimanda alle note conclusive del precedente capitolo.

Nelle trattazioni dedicate al presente tema, per tradizione risalente formatasi in Germania ed importata dalla dottrina italiana, si è soliti anteporre ad ogni considerazione storica dell'istituto in esame una preliminare considerazione funzionale delle disposizioni che – come gli attuali art. 111 c.p.c. e § 265 ZPO – disciplinano *ex professo* la successione nel diritto controverso. Ciò che si traduce nel chiedersi quale sarebbe stato, in mancanza di quelle specifiche norme, l'esito di un processo interessato da un fenomeno di trasferimento del diritto controverso²⁷⁸.

Si è così variamente congetturato che in simile evenienza “si renderebbe necessaria una interruzione del processo ed una riassunzione nei confronti del successore particolare”²⁷⁹, “o forse anche una dichiarazione giudiziale di difetto di legittimazione nell'alienante e l'instaurazione di un nuovo processo nei confronti dell'acquirente”²⁸⁰. Ed ancora, le opinioni spaziano da chi ritiene che il processo sarebbe comunque destinato a chiudersi senza tuttavia precisare come²⁸¹, e chi crede che lo stesso – pur potendo proseguire – sarebbe destinato a concludersi con una sentenza poi inopponibile all'acquirente, stante la limitazione soggettiva alle sole parti processuali degli effetti del giudicato²⁸². Per altri autori, più sensibili all'origine storica dell'istituto in Germania, l'alternativa teorica al § 265 ZPO sarebbe invece ancora costituita da un avvicendamento processuale tra successore ed alienante (*Parteiwechsel*)²⁸³; mentre in Italia si è di recente affermato come l'art. 111 c.p.c. “scongiurerebbe quella che, in via logica, avrebbe dovuto risolversi [...] in una integrazione del contraddittorio in favore dei soggetti titolari della res controversa”²⁸⁴.

Per dovere di cronaca occorre riferire come, all'esito dell'evoluzione dell'istituto delineata nel capitolo precedente, oggi la maggioranza degli autori tedeschi ritengono che la domanda formulata in un processo interessato da un fenomeno successorio nel diritto controverso – in assenza del § 265 ZPO – sarebbe destinata al *rigetto nel merito* per difetto della *Sachlegitimation*. Tale impostazione è seguita da una parte della dottrina italiana²⁸⁵, che traduce – in modo espresso o quantomeno implicito – il concetto di *Sachlegitimation* con quello della

278 In Italia questa tradizione può dirsi introdotta sin dal primo studio dedicato all'istituto disciplinato dall'art. 111 c.p.c. Così infatti per primo DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 4 ss., e sulla sua scia gli autori che in progresso di tempo se ne sono occupati. Basti qui ricordare PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 9 ss.; LUISO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. Giur.*, 4; ID., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2009, 367 ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, I, 329 ss.; in tempi più recenti, WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Trento, 2015, 25 s. In Germania la tradizione è ancor più risalente, e pare essere stata inaugurata da Wetzell KOHLER, *Ueber die Sukzession in das Prozessverhaeltnis*, in *ZZP*, 1888, 97 ss., 98 s., seguito da LEO, *Die Wirkung einer Aenderung der materiellen Rechtslage waehrend des Zivilprozesses*, Hamburg, 1919, 96. In tempi più recenti v., per tutti, GOTTWALD, op. cit., pag. 486; MERLE, op. cit., pag. 626 ss.; O. TEMPEL, op. cit., pag. 8 ss.; cfr. infine, fra gli autori austriaci, T. KLIČKA, *Die Veräußerung der streitverfangenen Sache - ein Plädoyer für die Irrelevanztheorie*, in *Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag*, Wien, 2004, pag. 509 ss. e, fra quelli brasiliani, C.A.A. DE OLIVEIRA, *Alienação da Coisa Litigiosa*, Rio de Janeiro, 1984, pag. 3 ss.

279 Così Andrioli, *Lezioni*, cit., I, 482.

280 Così DE MARINI, *La successione*, cit., 4 ss.; PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 9 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 391; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, in Allorio, Torino, 1973, 1221 ss.; Fazzalari, *La successione nel diritto controverso*, in *Riv. dir. Proc.*, 1979, 521 ss., 523 s.; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 416 ss.; Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 574 s.

281 Lorenzetto Peserico, *La successione*, cit., 5.

282 E' questo l'approccio di ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, I, 329 ss; nonché di VERDE, *Diritto processuale civile*, I, 3ª ed., Bologna, 2012, 203 ss., 204.

283 Henckel; Grunsky

284 Così, di recente, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 29 luglio 2010, 17156. Affermazione di principio preziosa,

285 Luiso, voce *Successione*, cit., 4; ID. *Diritto processuale civile*, cit., I, pag. 376 ss.; nello stesso ordine di idee WIDMANN, *La successione*, cit., 26, nonché la dottrina tedesca maggioritaria

titolarità della situazione sostanziale dedotta in giudizio, salvo poi ritenere che in esso si esaurisca anche la funzione di tutela apprestata dall'art. 111 c.p.c.

Non ci si poteva esimere dal riferire quello che ha tutta l'evidenza di essere venuto a costituire nel corso del tempo un *topos* argomentativo tipico di ogni trattazione che si cimenti con il tema della successione nel diritto controverso.

E, tuttavia, si ritiene che esso non costituisca un corretto approccio alla materia in esame, e che anzi contribuisca a deformarne la comprensione.

Invero, avanzare *a priori* congetture in merito a quale sarebbe stata la disciplina applicabile in mancanza di una esplicita regolamentazione – e dunque il pregiudizio che tale regolamentazione è volta a neutralizzare – dà per risolto a monte proprio quello che dovrebbe costituire il risultato della presente ricerca: l'individuazione della collocazione sistematica e della funzione dell'art. 111 c.p.c. Con l'ovvia conseguenza di preconstituire già *ab initio* la chiave di lettura che, con andamento circolare, si riporrà in sede di conclusioni.

Non sfugge infatti – e la ricostruzione storica compiuta al capitolo precedente ne è testimone – come proprio tale argomento abbia costituito in passato l'espedito meramente logico attraverso cui si sono infine affermate le ricostruzioni del regime interno dell'istituto in esame ispirate alla *Relevanztheorie*; e come poi tali ricostruzioni abbiano infine congiurato a definire in senso restrittivo il suo ambito di applicazione²⁸⁶.

A quell'argomento può semmai più limitatamente attribuirsi il significato di evidenziare empiricamente gli interessi che la disciplina dell'art. 111 c.p.c. e del § 265 ZPO intende tutelare²⁸⁷. E, in tale ottica, è più che evidente che il soggetto pregiudicato dal trasferimento del diritto controverso sarebbe, in prima battuta, la parte processuale estranea al fenomeno successorio²⁸⁸, la quale – se convenuta – risulterebbe esposta alla nuova iniziativa giudiziaria dell'avente causa²⁸⁹, ovvero – se attrice – sarebbe costretta ad iniziare *ex novo* un processo con il successore particolare del primo convenuto²⁹⁰.

286 L'espedito logico impiegato può essere sintetizzato come segue: prescelta a monte una lettura dell'istituto ispirata alla teoria della rilevanza, e individuato sulla sua base il pregiudizio tipico che l'istituto in esame è chiamato a neutralizzare (storicamente la perdita della *Sachlegitimation*), si sarà naturalmente indotti a ritenere applicabile l'istituto ogni volta che quel pregiudizio verrà ravvisato.

287 In questo senso, in particolare, Grunsky,

288 Sul fatto che la tutela primaria predisposta dalla disciplina della successione nel diritto controverso sia rivolta alla parte che non abbia dato luogo alla successione concorda la stragrande maggioranza degli interpreti tedeschi ed italiani, seppur con diversità di sfumature connesse alla diverso regime di poteri processuali riconosciuti al successore. In Italia si veda WIDMANN, *La successione*, cit., 27; nonché DE MARINI, *La successione*, cit., 5 ss. In Germania, comprensibilmente, la ratio di tutela della controparte estranea alla successione è accentuata dalla posizione processuale del tutto secondaria riconosciuta al successore: sul punto si v. STEIN/JONAS (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 3, Tübingen, 1996, 253; Assmann, § 265, in *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung*, Bd. 4, 3. Aufl., 2016, 498 s.

289 Si pensi all'ipotesi della cessione del credito fatto valere giudizialmente. In tal caso, al rigetto della domanda dell'attore per sopravvenuto difetto in capo a questi della titolarità della pretesa fatta valere, corrisponderebbe per il convenuto una vittoria di Pirro, mettendo capo ad una pronuncia inopponibile al successore, sia per la portata relativa della sentenza che per il specifico motivo posto a fondamento del rigetto. Il convenuto verrebbe pertanto a perdere la possibilità di

290 Più difficile è, invece, scorgere nel fenomeno in esame una ragione di pregiudizio della parte alienante o del successore, e – di conseguenza – rinvenire tra le pieghe dell'art. 111 c.p.c. e del § 265 ZPO un meccanismo di tutela predisposto anche per tali soggetti. Così anche GRUNSKY, *Die Veräußerung der streitbefangenen Sache*, 22 ss.; Henckel, *Zur Auslegung des § 265 ZPO*, 335 ss.; in Italia per tale considerazione, si v. WIDMANN, *La successione*, cit., 29. Al contrario, come si avrà modo di rilevare nel proseguo del lavoro, non risulta per essi indifferente la lettura che si voglia preferire delle citate disposizioni – a seconda cioè che si ritenga sottostare ad esse l'irrilevanza ovvero la rilevanza del fenomeno successorio nel processo. In quest'ultimo caso, infatti, accanto e a latere di una estensione dei limiti soggettivi di efficacia del giudicato sarebbe configurabile anche un'estensione oggettiva dell'oggetto del giudizio.

Ma tutto quel che può dirsi al riguardo è che il processo, in seno al quale si sia verificato un fenomeno di successione nel diritto controverso, non assolverebbe allo scopo e ai compiti che è chiamato a svolgere: impartire una tutela effettiva e possibilmente definitiva. Mentre, al contrario, verrebbe posta nel nulla l'intera attività processuale svolta, con grave pregiudizio anche per l'economia dell'attività giurisdizionale e la concentrazione dei giudizi.

In secondo luogo, da un punto di vista di metodo, sembra poi quanto meno discutibile la coerenza scientifica di un'argomentazione fondata su un mero espediente logico volto a sottrarre fittiziamente un singolo istituto dal sistema processuale cui esso pertiene, sol per rilevare come i "principi" – che quest'ultimo animano – reagirebbero in mancanza dell'istituto in questione. In primo luogo perché già la individuazione di quei principi – come si è visto dall'ampia gamma – appare operazione ermeneutica di difficile realizzazione, tale da coinvolgere inevitabilmente valutazioni personali inclinatorie all'arbitrio. In secondo luogo, non può farsi a meno di rilevare come, in una materia, come il diritto processuale civile, di per se stessa aspirante alla sistematicità, ogni singolo istituto concorre inevitabilmente a comporre il complessivo sistema processuale, e dunque anche quei principi che si vorrebbe cogliere nel loro libero dispiegarsi²⁹¹.

Del resto, anche sotto tale profilo, sono ormai molteplici le pronunce giurisprudenziali che riconoscono all'art. 111 c.p.c. il valore di un principio generale dell'ordinamento²⁹².

Al contrario, invece, dall'indagine storica e comparata condotta nel capitolo precedente sembra potersi ricavare un'impressione generale che va esattamente nella direzione opposta rispetto all'argomentazione riferita e criticata. E cioè che proprio quei principi che animano ogni ordinamento processuale tenderebbero già per loro natura a forgiare una qualche regolamentazione del fenomeno del trasferimento dei diritti litigiosi, in modo da contemperare i contrapposti interessi dei soggetti che vi sono coinvolti, nonché di quello pubblico ad una corretta e funzionale amministrazione della giustizia.

In tal senso depone infatti l'attuale diritto vivente francese che, pur in mancanza di qualsivoglia disposizione espressa in materia, è pervenuto ad enucleare una trattamento processuale *ad hoc* della successione nel diritto controverso modulata sulla diversa natura delle posizioni di vantaggio oggetto di trasferimento in corso di causa.

Altrettanto significativi sono gli esempi portati dalla tradizione storica compulsata: quella più risalente tratta dal processo di diritto comune nella Germania del XIX secolo dove, in concomitanza con la progressiva perdita di terreno del dogma del *Veraeusserungsverbot* e al di là di qualsiasi esplicita regolamentazione, si era venuto definendo il nucleo di una primitiva disciplina della materia incentrata sull'avvicendamento tra dante causa e successore nel ruolo di parte processuale e sull'estensione degli effetti della sentenza a quest'ultimo²⁹³. Ma lo stesso, a ben vedere, può dirsi per l'ordinamento italiano sotto la vigenza del codice di rito del 1865, laddove nel silenzio del legislatore si era pervenuti in progresso di tempo all'elaborazione di una regolamentazione in tutto consimile a quella ancora oggi vigente in Germania.

Ma un esempio ancor più significativo ed attuale della naturale tendenza dei principi, che animano diversi ordinamenti processuali, a configurare una embrionale disciplina del fenomeno indagato può essere rintracciato in quel nucleo di disposizioni regolamentari di matrice sovranazionale che hanno contribuito a costituire un primo germe di diritto processuale europeo. E' proprio sulla base di tali norme – e senza che in esse si rinvenga neanche la

291 Sotto tale profilo si dimostra anche contraddittorio Widmann

292 Pronunce

293 Proprio per scongiurare una simile eventualità, e conservare alla controparte l'originale contraddittore, era stato introdotto il § 236 CPO e, in progresso di tempo, il § 265 ZPO, la cui disciplina infatti, in forza della *ratio* che la giustificava, concedeva minime possibilità all'avente causa di intervenire nel processo e di far valere, oramai, la propria posizione sostanziale

menzione dell'istituto in esame – che sembrerebbe essersi venuta enucleando, a margine di alcune prese di posizione della Corte di giustizia dell'Unione, quella che *prima facie* potrebbe definirsi una disciplina europea della successione nel diritto controverso²⁹⁴. La rilevanza del caso suggerisce di dedicare all'argomento un'incidentale approfondimento.

20. Una disciplina europea della successione nel diritto controverso(?)

La questione si è venuta concretamente a porre nell'ambito della pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Drouot assurances SA*²⁹⁵. Nella fattispecie²⁹⁶, si trattava di valutare se sussistesse litispendenza tra una prima domanda giudiziale promossa in Olanda dal proprietario di un carico, affondato assieme alla nave che lo trasportava nelle acque del fiume Reno, nei confronti del comandante/proprietario della stessa per l'accertamento della sua esclusiva responsabilità per il naufragio, e la successiva domanda proposta in Francia dall'assicuratore della stessa imbarcazione, che aveva nel frattempo provveduto a recuperare nave e carico, per

294 Invano ancora oggi si cercherebbe, tra la normativa di diritto internazionale processuale europeo, una qualunque norma volta *ex professo* a disciplinare l'alienazione del diritto litigioso entro lo spazio giudiziario europeo. Eppure una regolamentazione del fenomeno è stata in concreto enucleata dalla Corte di Giustizia – e, a cascata, dalle corti dei paesi dell'Unione Europea che vi hanno dato attuazione – a partire dalle norme disciplinanti la litispendenza europea. Si anticipa che la disciplina in questione è stata forgiata in via interpretativa dalla Corte di Giustizia europea a partire dall'interpretazione delle norme europee in materia di litispendenza comunitaria, segnatamente l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles.

295 Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione V, del 19 maggio 1998 (causa C-351/96) – *Drouot assurances SA c. Consolidated metallurgical industries, Protea assurance e GIE Reunion europeenne*, pubblicata in *Giust. Civ.*, 1999, I, 1 ss., con nota di ASPRELLA, *I presupposti della litispendenza internazionale: rapporti tra l'art. 21 tra la Convenzione di Bruxelles e l'art. 7 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*; nonché ADOLPHSEN, *Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 21 EuGVU trotz fehlender Parteidentität*, in *Zeitschrift fuer Zivilprozess International*, 1998, 246 ss.; PERSANO, *Il rilievo della litispendenza internazionale nella Convenzione di Bruxelles del 1968: la nozione di 'stesse parti'*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2000, 713 ss.; HANDLEY, *Res judicata in the European Court*, in *The Law Quarterly Review*, 2000, 193 ss. Per ulteriori commento alla decisione della Corte si rimanda a LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, II, Milano, 2002, 776 ss.; D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, 50 ss.; ID., *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 300; OTTO, *Die subjektive Grenzen der Rechtsaengigkeitssperre im deutschen und europaischen Zivilprozessrecht*, Berlin, 2007, 204 ss.; NIEROBA, *Die europaische Rechtsaengigkeit der EuGVVO an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Koeln, 2005, ; SEATZU, *The meaning of "same parties" in Article 21 of Brussels Jurisdiction and Judgements Convention*, in *European Law Review*, 1999, 540 ss.

296 Questa, esposta più distesamente, è la fattispecie che ha dato origine alla questione interpretativa su cui si è pronunciata la Corte di Giustizia. Nel 1989 la società *Consolidated metallurgical industries* (in proseguo CMI) aveva incaricato il signor Valghe di trasportare a bordo della propria nave "Sequana", lungo le rive del fiume Reno, un carico di ferrocromo di cui era proprietaria. Durante la traversata, il 4 agosto 1989, la Sequana è affondata nelle acque dei Paesi Bassi e la *Drouot assurances*, società francese assicuratrice della nave, la aveva fatta recuperare a proprie spese, permettendo così il salvataggio del carico della CMI. Quest'ultima tuttavia il 4 agosto 1990 – assieme alla *Protea assurance*, società di diritto sudafricano assicuratrice del carico – promuoveva in Olanda un giudizio nei confronti del sig. Valghe diretto ad accertare l'esclusiva responsabilità di quest'ultimo per il naufragio, e che dunque la medesima non avrebbe dovuto contribuire alle avarie comuni. Successivamente, a sua volta, la *Drouot* citava davanti al Tribunal de commerce di Parigi la CMI e la *Protea* per il pagamento dell'importo del contributo d'avaria che nel frattempo era stato liquidato a carico delle convenute. Sollevata in tale procedimento eccezione di litispendenza europea da parte della CMI sulla base del giudizio pendente in Olanda, tale eccezione veniva respinta in prima istanza con la motivazione che la *Drouot* non era parte del primo giudizio e che comunque le domande dei due procedimenti non avevano lo stesso oggetto. La CMI e la *Protea* replicavano nel giudizio di gravame innanzi alla Cour d'appel di Parigi che il solo motivo per cui la *Drouot* non era parte del giudizio pendente in Olanda era che le norme di procedura olandesi non permettevano di chiamare in causa gli assicuratori; e inoltre che tra l'oggetto della controversia pendente in Francia era ricompreso in quello pendente in Olanda, dunque le controversie avevano lo stesso oggetto. Quindi la Cour d'appel accoglieva l'eccezione di litispendenza affermando che di fatto la *Drouot* era presente nel giudizio olandese "per interposto assicurato" e, dunque che le due controversie avevano lo stesso oggetto. Impugnata la sentenza innanzi alla Cour de Cassation, questa disponeva il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

ottenere dal proprietario di quest'ultimo – attore nel primo giudizio – il rimborso del contributo d'avaria comune.

Si trattava dunque di una fattispecie riconducibile a quella che potrebbe dar luogo, nei singoli ordinamenti nazionali, all'applicazione della disciplina della successione nel diritto controverso in quanto – al di là della disciplina specifica dell'avaria comune e delle peculiarità del caso concreto – l'assicuratore nel procedimento francese si sarebbe potuto astrattamente considerare quale avente causa, in via di surroga del proprio assicurato, nel diritto ad ottenere il rimborso della quota d'avaria da parte del proprietario del carico (art. 1916 c.c.²⁹⁷). Diritto per il quale era contestualmente pendente, nel processo preveniente in Olanda, domanda di accertamento negativo.

Nel decidere la questione interpretativa sollevata in relazione all'allora in vigore Convenzione di Bruxelles del 1968²⁹⁸, la Corte di Giustizia prescinde da ogni necessità di qualificare da un punto di vista oggettivo le domande pendenti nei due procedimenti²⁹⁹ e appunta direttamente la sua attenzione sulla questione relativa all'interpretazione da attribuire alla nozione di “identità delle parti” che campeggia al centro dell'art. 21 della suddetta convenzione quale presupposto imprescindibile per la configurabilità di un'ipotesi di litispendenza comunitaria. Per tale via la Corte giunge così ad affermare che tale identità non debba venir intesa in senso prettamente formale, ma vada piuttosto verificata alla luce degli interessi sostanziali di cui ciascun soggetto è portatore, intravedendo in caso di coincidenza ed inscindibilità degli stessi un medesimo centro di interesse, e dunque una medesima parte processuale, suscettibile di innescare l'applicazione della disciplina della litispendenza³⁰⁰.

297 Cfr. in giurisprudenza Cass. Sez. Un., 28 maggio 1994, n. 5246: “Con la surrogazione dell'assicuratore che ha risarcito il danno all'assicurato, nell'azione di risarcimento nei confronti del responsabile del danno stesso, si realizza una peculiare forma di successione a titolo particolare nel diritto di credito, sicché l'assicuratore subentra nella stessa posizione sostanziale e processuale in cui si sarebbe trovato l'assicurato se avesse agito direttamente verso il responsabile, ovvero succede all'assicurato medesimo nel processo, se già promosso, a norma dell'art. 111 c.p.c.

298 L'art. 21 della convenzione di Bruxelles del 1968 conteneva *in nuce* la disciplina della litispendenza europea, prevedendo che “qualora davanti a giudici di Stati contraenti differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice preventivamente adito. Se la competenza del giudice preventivamente adito è stata accertata, il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza a favore del giudice preventivamente adito”. Tale disposizione è stata successivamente trasfusa nell'art. 27 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, ed è tuttora contenuta nell'art. 29 del regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 attualmente in vigore, che ha provveduto a sostituire il primo.

299 E' stato rilevato (cfr. al riguardo OTTO, *Die subjektive*, 210) come la mancanza di attenzione della Corte per la qualificazione delle due domande proposte ai fini della determinazione già a un livello oggettivo della identità dei due procedimenti non dipendesse dalla questione interpretativa proposta dalla Cour de Cassation, la quale era formulata genericamente e avrebbe permesso alla Corte di Giustizia di prendere posizione sul punto.

300 Più in particolare il dispositivo della sentenza afferma che “l'art. 21 della Convenzione non è applicabile nel caso di due domande giudiziali di contributo delle avarie comuni, l'una proposta dall'assicuratore della nave affondata nei confronti del proprietario del carico che si trovava a bordo al momento del naufragio e del suo assicuratore, l'altra proposta da questi due ultimi soggetti nei confronti del proprietario della nave e del suo noleggiatore, a meno che non si dimostri che, in relazione all'oggetto delle due controversie, *gli interessi* dell'assicuratore della nave, da un lato, e quelli dei suoi assicurati (proprietario e noleggiatore della nave), dall'altro, sono *identici e inscindibili*”. L'espressione impiegata dalla Corte in tedesco suona “*Interessen [...] identisch und voneinander untrennbar*”; in francese: “*intérêts [...] identiques et indissociables*”; in inglese: “*interests [...] identical and indissociable*”. Per la rilevanza che assumerà nel proseguo del commento si riportano i punti 19 e 20 della motivazione, a cui farà più frequente riferimento: “19) Orbene, è certo che, in relazione all'oggetto delle due controversie, gli interessi di un assicuratore e del suo assicurato possono coincidere al punto che una sentenza pronunciata nei confronti dell'uno avrebbe forza di giudicato nei confronti dell'altro. Tale sarebbe il caso qualora un assicuratore, in forza del suo diritto di surrogazione, proponga o sia convenuto in un giudizio in nome del proprio assicurato senza che quest'ultimo possa influenzare lo svolgimento del processo. In un'ipotesi del genere l'assicuratore e l'assicurato devono essere considerati come una sola e unica parte ai fini dell'applicazione dell'art. 21 della Convenzione. 20) Per contro, l'applicazione dell'art. 21 della Convenzione non può avere la conseguenza di privare

Il problema che si è concretamente posto in sede di commento alla riferita decisione – al di là del dato indiscutibile per cui la nozione di parte rilevante ai fini della litispendenza europea, secondo la soluzione fornita della Corte, sia da interpretare non in senso formale – è quello relativo agli indici da cui riscontrare, nonostante la formale diversità di soggetti³⁰¹, quella coincidenza e inscindibilità di interessi che permettano l'individuazione di una medesima parte in senso sostanziale in diversi procedimenti giudiziari avviati all'interno dello spazio giuridico europeo³⁰².

Tra le prese di posizione della letteratura, impegnata variamente a porre in risalto i diversi e – si confessa – confusi passaggi della sentenza³⁰³, è stato rilevato come la sua motivazione sembri far leva unicamente sulla nozione di successore, quale sarebbe appunto “un assicuratore [che], in forza del suo diritto di surrogazione, proponga o sia convenuto in un giudizio in nome del proprio assicurato senza che quest'ultimo possa influenzare lo svolgimento del processo”³⁰⁴. E ciò – sembrerebbe – a prescindere da ogni considerazione relativa ai limiti

l'assicuratore e il suo assicurato, nel caso i loro interessi siano divergenti, della possibilità di far valere in giudizio, nei confronti delle altre parti interessate, i loro rispettivi interessi”

301 V'è ampia convergenza di vedute tra i commentatori sul fatto che, con la decisione riferita, la Corte di giustizia abbia di fatto rifiutato la nozione di parte in senso formale: si veda tra tutti OTTO, *Die subjektive*, 208; NIEROBA, *Die europäische Rechtshängigkeit*, cit., 279 s.; ADOLPHSEN, *Zur Frage*, cit., 250; D'ALESSANDRO, *L'oggetto*, cit., 52. Tuttavia, alcuni autori interpretano la sentenza in commento nel senso che la Corte di giustizia abbia comunque inteso ribadire la centralità della nozione di parte in senso formale, mentre solo in casi eccezionali – da intendersi in senso particolarmente restrittivo – sarebbe consentito valutare la coincidenza degli interessi al fine della individuazione della medesima parte (cfr. HENSSLER/DEDEK, *Anmerkung zu EuGH v. 19.5.1998 Rs. C-351/96 – Drouot/CMI*, in *EWIR*, 1998, 499 s.; RÉMERY, *Bericht zu Cour de Cassation v. 22.6.1999 n° de pourvoi 94-16830*, in *Rev. Crit. dr. Int. Privé*, 1999, 774 ss.)

302 Si tratta del medesimo problema interpretativo che si è trovata a dover risolvere la *Cour de Cassation*, alla quale – al termine del giudizio incidentale operato dalla Corte di giustizia Ue – erano stati rimessi gli atti per valutare la sussistenza di una comunanza di interessi secondo i parametri forniti dal giudice europeo. Nella fattispecie la *Cour de Cassation* ha risolto il dilemma attraverso il corso ad uno stratagemma che le ha consentito, di fatto, di aggirare la questione relativa alla configurabilità nel caso di specie di un rapporto di successione. Il supremo giudice d'oltralpe riqualifica infatti la *Drouot* quale assicuratrice della sola nave e ritiene che, in quanto tale, essa avrebbe dovuto garantire la sola quota di contributo per l'avaria comune gravante sull'imbarcazione e non invece della eventuale responsabilità dell'armatore, di cui si discuteva nel procedimento pendente in Olanda. In tal modo la *Cour de Cassation* può affermare che gli interessi della *Drouot* e dell'armatore non fossero coincidenti e inseparabili: ciò che le consente di cassare la sentenza della *Cour de appel* che aveva, al contrario, affermato la litispendenza europea. Si riporta il passo della motivazione commentato: “la compagnie *Drouot*, en sa qualité d'assureur corps du navire, ne peut être tenue au-delà de la contribution de celui-ci aux avaries communes et qu'à ce titre elle est fondée à demander au propriétaire des marchandises sauvées et à l'assureur facultés la contribution de la cargaison à l'avarie, dont elle a avancé le montant, sauf leur recours ultérieur en responsabilité à l'encontre des armateurs, si ces derniers ont commis une faute à l'origine de l'événement ayant donné lieu à la déclaration d'avarie commune, ce dont il résulte que l'assureur corps, qui ne couvre pas les conséquences de cette faute éventuelle des armateurs, et ces derniers n'ont pas des intérêts identiques et indissociables par rapport à l'objet de chaque litige, la cour d'appel a violé le texte susvisé”

303 Confusi o disorientanti (“*Verwirrend*”) sono stati definiti i passaggi della motivazione della sentenza da GEIMER/SCHUETZE, *sub art. 27*, Rdnr. 13, in *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 2. Aufl., Muenchen, 2004. La maggioranza degli autori ha fatto comunque riferimento, quale criterio di base per l'individuazione della “stessa parte”, al fatto che i più soggetti sarebbero comunque assoggettati all'accertamento contenuto nella sentenza emanata in uno dei due procedimenti (in questo senso WERNECKE, *Die Einheitlichkeit des europäischen und des nationalen Begriffs vom Streitgegenstand*, Berlin, 2003, 42; nonché D'ALESSANDRO, *L'oggetto*, cit., 52). In tal senso sembrerebbe infatti deporre un passaggio della motivazione della sentenza della Corte secondo la quale “è certo che, in relazione all'oggetto delle due controversie, gli interessi di un assicuratore e del suo assicurato possono coincidere al punto che una sentenza pronunciata nei confronti dell'uno avrebbe forza di giudicato nei confronti dell'altro”. Secondo altri il criterio decisivo sarebbe dato dalla impossibilità per una delle parti estranee al giudizio di poter “influenzare lo svolgimento del processo” (sempre il punto 19 della motivazione della decisione, evidenziato da PITZ, *Torpedos unter Beschuss*, in *GRURInt*, 2001, 32 ss, in part. 34)

304 Il passaggio è tratto dal punto 19 della motivazione della sentenza in commento. Il rilievo del fenomeno successorio quale unico criterio onde ravvisare la coincidenza e inscindibilità degli interessi tra diversi soggetti è

soggettivi di efficacia della sentenza emessa nel procedimento preveniente e, in particolare, dal fatto se, secondo le norme di quell'ordinamento, il successore sia vincolato all'accertamento formatosi contro il proprio dante causa³⁰⁵

Non è chi non veda, tuttavia, a quali inconvenienti potrebbe portare una simile interpretazione della “coincidenza e inscindibilità degli interessi” tanto lata da farla di fatto coincidere con ogni fenomeno successorio – non necessariamente verificatasi in corso di causa – indipendentemente dalla disciplina processuale del singolo ordinamento nazionale, soprattutto in punto di limiti soggettivi della sentenza. Il rischio latente sarebbe quello di impedire, in virtù delle norme sulla litispendenza europea, la possibilità di promuovere – contemporaneamente a quella condotta dal dante causa – una parallela azione da parte o nei confronti del successore nello spazio giudiziario europeo, senza garanzia che la sentenza pronunciata a conclusione del primo procedimento sia efficace nei confronti di quest'ultimo³⁰⁶.

In alternativa a questa interpretazione, non apparirebbe allora tanto remoto il timore – paventato da attenta dottrina³⁰⁷ – che la Corte si sia voluta porre sulla strada verso l'enucleazione di una autonoma nozione di giudicato, dotato di peculiare estensione soggettiva e suscettibile di essere imposto nel silenzio di ogni espressa disposizione legislativa al terzo successore il cui interesse risulti coincidere con quello di una parte processuale.

Se così effettivamente fosse, dovrebbe concludersene l'esistenza di una *autonoma disciplina europea* della successione nel diritto controverso, del tutto svincolata dalle singole previsioni nazionali e capace di imporre un giudicato “a sorpresa” nei confronti del terzo successore senza che lo stesso fosse in grado a monte di prevederlo – sulla base della *lex fori* disciplinante il procedimento ovvero della *lex causae* applicata al merito della controversia³⁰⁸ – e senza alcuna assicurazione che l'ordinamento del foro preveda strumenti idonei a permettere la sua partecipazione al processo.

Si confessa che la prospettiva non appare sotto ogni cielo rassicurante

stato svolto soprattutto da commentatori inglesi (cfr. CHESHIRE, in NORTH-FAWCETT, *Private International Law*, 13^a ed., London, 1999, 253; COLLINS, in DICEY & MORRIS, *The conflict of Laws*, I, 13^a ed., London, 2000) e tedeschi (OTTO, *Die subjektive, cit.*, 208).

305 Al di là di un accenno al punto 19 della motivazione, non risulta infatti alcuna altra considerazione della Corte sulla eventualità che la sentenza che verrà ad essere emessa nel procedimento preveniente espliciti la sua efficacia nei confronti del successore. In realtà v'è anche da dubitare che, nella fattispecie sottoposta al giudizio interpretativo della Corte di giustizia, potesse effettivamente parlarsi di successione in corso di lite dal momento che con buona probabilità la Drouot aveva già provveduto a recuperare nave e carico e a surrogarsi nei diritti del proprio assicurato prima che fosse reso pendente il procedimento in Belgio. La motivazione della sentenza non getta luce in proposito, né la questione è stata fatta oggetto della benché minima considerazione.

306 In tale ipotesi, il soggetto pregiudicato da una simile disciplina sarebbe verosimilmente la controparte estranea alla successione nel diritto controverso. Può immaginarsi il caso dell'azione di rivendica relativa a un bene mobile promossa in Francia nei confronti di un convenuto che poi, in corso di lite, trasferisca ad un terzo il bene e questo venga trasferito in un paese terzo. Come si è visto, in tale fattispecie l'ordinamento processuale francese non assoggetta il terzo successore agli effetti della emananda sentenza, a meno che questi non partecipi al processo. L'attore potrebbe tuttavia avere interesse a promuovere un distinto procedimento giudiziario nel paese in cui il bene è stato trasferito, ma vi sarebbe impedito dalla pendenza del primo procedimento, magari mantenuto dolosamente in vita dal convenuto con intento proditoriamente dilatorio.

307 In tal senso ADOLPHSEN, *Zur Frage, cit.*, 251 s. e da OTTO, *Die subjektive, cit.*, 220

308 La ricostruzione di cui nel testo prende atto e accoglie l'orientamento prevalente in dottrina – seppure non incontrastato – secondo cui i limiti oggettivi e soggettivi di efficacia della sentenza in caso di riconoscimento estero si determinano in base all'estensione soggettiva e oggettiva che la legge dello stato di emissione le conferisce: cd. *Wirkungserstreckungstheorie*. Sul punto: NELLE, *Anspruch, Titel und Vollstreckung im internationalen Rechtsverkehr*, Tuebingen, 2000, 591; RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin-Tuebingen, 1949, 520; GEIMER, § 328, in ZOELLER, *Zivilprozessordnung*, Koeln, 2014, 1135; D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 53 ss., 119 ss.; MOSCONI/CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, 6^a ed., Torino, 2013, 290, il quale tuttavia sminuisce la contrapposizione con la teoria antagonista dell'assimilazione degli effetti.

Di qui, l'opportunità di una interpretazione restrittiva del principio affermato dalla Corte di Giustizia: la valutazione della identità di interessi tra soggetti formalmente diversi dovrebbe essere guidata da un giudizio prognostico – effettuato dal giudice successivamente adito – sulla possibilità che la sentenza pronunciata al termine del primo procedimento sia in grado di spiegare effetti nei confronti del successore. Solo in ipotesi di risposta affermativa a tale interrogativo, al giudice adito per secondo sarebbe imposto – ai sensi degli attuali artt. 29 ss. del regolamento 1215/2011 – di dichiarare la litispendenza³⁰⁹.

In tal modo, la disciplina della litispendenza europea – lungi dal contenere in nuce una autonoma regolamentazione della successione nel diritto controverso – avrebbe il ben più esiguo ma definito compito di coordinare nell'ambito dello spazio giudiziario europeo le singole discipline nazionali della materia. Non è neanche da escludersi, del resto, che sia questo il senso da attribuire alla pronuncia della Corte, il cui intento essenziale – secondo una parte della dottrina – sarebbe stato quello di scongiurare la formazione di decisioni contrastanti destinate a risolvere la medesima fattispecie di vita³¹⁰.

21. Transizione e impostazione del proseguo della ricerca: il problema dei rapporti tra diritto e processo

L'esempio tratto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE sembra dunque ribadire la sterilità di ogni interrogativo circa le sorti di un processo interessato da un fenomeno di trasferimento del diritto litigioso in mancanza di esplicita regolamentazione. Soprattutto, come si è anche evidenziato nella ricostruzione storica compiuta nel precedente capitolo, non è mai esistito un solo ordinamento processuale in cui, all'esito del trasferimento del diritto controverso, la domanda di parte venisse rigettata per infondatezza o per difetto della legittimazione ad agire³¹¹.

In realtà si è ampiamente dimostrato come quell'interrogativo abbia rappresentato, anche da un punto di vista storico, il mero espediente attraverso cui si sarebbe voluto imprimere dall'esterno una certa connotazione funzionale all'istituto in esame. Espediente che, sinteticamente, si può così formulare: imposto un certo regime interno all'istituto della successione nel diritto controverso (*Relevanztheorie*), e ricavato a monte un pregiudizio “tipico” dal quale l'istituto della successione nel diritto controverso avrebbe dovuto tutelare (la perdita della *Sachlegitimation*), ne sarebbe automaticamente discesa a valle la predeterminazione delle ipotesi in cui esso sarebbe stato destinato ad operare.

Piuttosto la fattispecie esaminata nel paragrafo precedente appare emblematica nel confermare come una forma di tutela, seppur embrionale, della parte estranea alla successione nel diritto controverso possa venire apprestata proprio dall'operare di quei principi e istituti

309 Nello stesso senso OTTO, *Die subjektive*, cit., 315: “Daher ist auch die Rechtsnachfolge fuer sich genommen kein hinreichender Grund fuer die Anwendung der Rechtsaengigkeitssperre auf den nicht beteiligten Rechtsnachfolger”

310 In questo senso anche D'ALESSANDRO, *L'oggetto*, cit., 52. In tale ottica potrebbe suggerirsi – forse andando al di là di quanto la pronuncia abbia espressamente voluto dire, ma che sembra in esso implicito e consequenziale – attraverso l'istituto della litispendenza europea, le singole discipline nazionali in materia di successione nel diritto controverso ricevano amplificazione su scala europea. Il senso ultimo del principio affermato dai giudici di Lussemburgo dovrebbe ritenersi quello per cui l'episodio successorio verificatosi in corso di causa – ove quest'ultimo venga espressamente disciplinato – debba essere destinato a risolversi in via prioritaria in quel medesimo ordinamento. Salvi ovviamente eventuali strascichi esecutivi od altri fenomeni di circolazione della sentenza così ottenuta entro lo spazio giudiziario europeo.

311 Anche nell'ordinamento francese, del resto, dove non è prevista alcuna disciplina legislativa della successione nel diritto controverso, l'esito di un processo interessato da un fenomeno successorio in un *bien corporel* controverso non è mai costituito da una pronuncia di rigetto nel merito o di difetto della legittimazione ad agire, quanto piuttosto da una sentenza che – nell'indifferenza del trasferimento della cosa – risulterà poi inopponibile al terzo acquirente. Cfr. Cap. I, par.

(legittimazione ad agire, litispendenza, limiti soggettivi del giudicato) che invece – secondo la ricostruzione criticata – sembrerebbero inevitabilmente congiurare verso il suo pregiudizio. Del resto proprio nell'ordinamento italiano sarebbero stati tali principi che, in progresso di tempo, sarebbero venuti a delineare i contorni dell'istituto che oggi campeggia all'art. 111 del codice di rito: di qui l'inconferenza di un'operazione aritmetica che volesse artificiosamente cancellare quest'ultimo dall'ordinamento.

Dalla ricostruzione storica e comparata è invece emerso come una certa comprensione dei rapporti fra diritto e processo, o anche di uno solo degli istituti collocati sul loro problematico crinale (si pensi alla nozione di parte processuale come individuata dalla Corte di giustizia europea, ovvero al concetto di azione quale accessorio del diritto di credito oggetto di trasferimento in corso di causa secondo la dottrina francese), sia di per sé già idoneo ad apprestare un adeguato trattamento processuale al fenomeno della successione nel diritto controverso, prima ancora che una disciplina venga positivamente fissata.

Sembra quasi inevitabile a questo punto constatare come la chiave per una corretta comprensione dell'istituto in esame debba necessariamente passare per l'approfondimento del contesto dogmatico nel quale esso ha visto la luce. Di qui l'opportunità di esplicitare quelle tacite e implicite premesse che avevano costituito il retroterra dogmatico-sistematico della dottrina giuridica tedesca del XIX secolo, soprattutto in riferimento alla comprensione dei rapporti tra diritto e processo secondo l'immaginario dell'epoca. Con ciò si crede che sarà innanzitutto possibile offrire una spiegazione del trattamento processuale che l'alienazione del diritto litigioso ha incontrato nelle diverse esperienze storiche e nazionali passate in rassegna nel capitolo precedente.

L'indagine storica ha poi infatti individuato, quale momento di svolta delle dinamiche applicative relative al § 265 ZPO, il periodo di tempo compreso tra l'ultimo decennio del XIX secolo e il primo del XX: un lasso di tempo nel quale la dottrina tedesca sarebbe stata impegnata a ridisegnare la geografia concettuale e semantica dei concetti e delle nozioni ereditati dalla tradizione dogmatica precedente. E il centro propulsore di tale imponente movimento sarebbe stata, ancora una volta, la diversa comprensione che si stava facendo strada dei rapporti tra diritto e processo, ricostruiti su di un piano di autonomia e indipendenza.

Di qui l'interesse per esaminare in che modo quel sommovimento culturale avrebbe influenzato la presente materia, prendendo distintamente in esame l'evolversi dei rapporti tra diritto e azione, quello della legittimazione ad agire, nonché quello del giudicato, tentando di evidenziare l'incidenza che ciascuno di essi ha esercitato sull'istituto in esame.

Tra gli obiettivi che ci si prefigge v'è inoltre quello di comprendere le ragioni per cui la lettura dell'istituto in esame incardinata sulla polarizzazione tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* abbia potuto perpetrarsi fino al giorno d'oggi, e se essa appresti ancora una esaustiva chiave di lettura del fenomeno indagato.

Sezione II: Il contesto dogmatico

22. Le premesse teorico-sistematiche della civil-processualistica tedesca del XIX secolo: *Aktionenrechtliches Denken*

E' risaputo che la linea di sviluppo seguita dagli ordinamenti europei, ed in particolare per quanto qui interessa di quello tedesco ed italiano, è stata segnata dalla progressiva emancipazione del diritto processuale da quello sostanziale. E' noto, infatti, che gli ordinamenti attualmente vigenti si sono sviluppati dalle ceneri del diritto romano: un sistema giuridico che non avvertiva soluzione di continuità tra diritto materiale e processuale, ma che anzi concepiva le situazioni giuridiche di vantaggio in termini di azioni (*actiones*) più che di diritti³¹².

312 Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Napoli, 1951, 108, avverte che “se nello studio del diritto vigente il processo civile può essere separato dal diritto privato (o, come usa dire, materiale), ciò non è

Tale sistema di pensiero, passato alla storia in progresso di tempo come *Aktionenrechtliches Denken*³¹³, avrebbe permeato di sé la prospettiva da cui, nelle epoche a venire, si sarebbe guardato – a partire dal diritto sostanziale – alle forme e alle condizioni di tutela delle situazioni giuridiche individuali³¹⁴. In simile contesto, che non andò esente da , l'inquadramento dei rapporti tra diritto e processo avrebbe riposato con sicurezza e stabilità sulla celebre definizione di Celso secondo cui “*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*”³¹⁵.

Ora, l'economia del presente lavoro non consente di seguire partitamente la storia – più che millenaria – dell'elaborazione e degli alterni rapporti tra le nozioni di diritto subiettivo e di azione³¹⁶, che hanno attraversato i secoli e le nazioni colorandosi delle diverse accezioni che il contesto storico, filosofico e giuridico loro imponeva³¹⁷.

In questa sede, e per i limitati fini prefissi, basterà ricordare come la rivoluzione copernicana che avrebbe, da ultimo, imposto l'ancora attuale primazia del diritto sostanziale sul processo sarebbe stato compiuto in seno al giusnaturalismo e al giusrazionalismo del XVII-XVIII secolo.

Tali correnti filosofiche, di forte impronta individualista, avendo elevato la persona umana a principio ordinante della realtà in ogni ramo del sapere, pervennero in ambito giuridico – attraverso l'opera di concettualizzazione delle tutele concesse in diritto romano – alla

possibile nello studio del diritto romano. La concezione moderna dei rapporti giuridici fa sì che essi possano essere descritti nel loro stato di pacifico godimento ed attuazione, e che la violazione e la conseguente applicazione della sanzione abbiano una portata sussidiaria; mentre lo svolgimento degli istituti giuridici romani ha preso le mosse, in certi periodi storici, piuttosto dal mezzo di difesa concesso a chi si trovasse in determinate situazioni anziché dai rapporti di diritto materiali considerati in sé medesimi.” Si veda anche PUGLIESE, voce *Azione (diritto romano)*, in *Nvs. Dig.*, II, Torino, 1958, 24 ss., 27, secondo cui “l'*actio*, dunque, non era l'equivalente di ciò che diciamo pretesa o diritto soggettivo, ma piuttosto stava al posto del diritto soggettivo, nel senso che i Romani, anziché parlare il linguaggio dei diritti, usavano preferibilmente quello di *actiones*”. Ancora, TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 273: “E' opinione consolidata che nell'esperienza romana l'aspetto processuale abbia giocato un ruolo di grande importanza anche con riguardo all'aspetto del diritto sostanziale. [...] I giuristi romani impostavano il discorso sugli istituti giuridici sostanziali e sulle situazioni giuridiche soggettive non utilizzando la categoria del diritto soggettivo, bensì riferendosi prevalentemente ai mezzi posti a disposizione dei soggetti per far valere i propri diritti nel processo: ciò accade soprattutto mediante l'impiego del termine *actio*”.

313 Sul significato da dare a tale locuzione si veda, in particolare, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 273, secondo il quale l'espressione, resa a senso, suona “modo di pensare il diritto mediante il riferimento al sistema delle azioni”. Cfr. anche KAUFMANN, *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, in *Juristen Zeitung*, 1964, 482 ss.: “Und zwar handelt es sich um eine eigentümliche Ausrichtung materiellrechtlicher Gesetzesbestimmungen und ihrer Dogmatik an den Bedingung, unter welchen die einzelnen materiellen Rechte im Prozess durchgesetzt werden koennen”. Lammeyer, *Konflikt*, cit., 139;

314 Risale al WIECKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, 100, la definizione dell'*Aktionenrechtliches Denken* “als Brueckenschlag vom materiellen Recht zum Prozess”. Si veda invece KAUFMANN, *Zur Geschichte*, cit., 482, per l'osservazione secondo cui esso – presentemente – costituisca solo “*der Restbestand einer bis vor wenigen Jahrzehnten viel intensiver im Prozess verwurzelten Anschauung vom materiellen Recht*”.

315 In Dig. 44, 7, 51. Nelle Istituzioni giustiniane se ne rinviene la forse più celebre parafrasi: “*actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*”; Inst. IV, 6, pr. Cfr. sul significato fondamentalmente storico assunto da tale definizione, si veda ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 792; nonché CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993 (saggio che – come noto – costituisce la versione scritta, arricchita delle note, della famosa prolusione bolognese del 1903).

316 Non può che rimandarsi, per una trattazione di carattere generale, a Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951; Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1989; Orestano, voce *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 785 ss.

317 In particolare, sulla storicità e varietà del concetto di azione, si v. Orestano, voce *Azione in generale*, cit., 786; Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1939, 22 ss.; Pekelis, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Nvs. Dig.*, II, Torino, 1958, 29 ss.

enucleazione della figura dei diritti soggettivi, concepiti come attributi originari dell'individuo³¹⁸ che l'ordinamento positivo avrebbe sol dovuto riconoscere e tutelare. Il "sistema del diritto privato" veniva pertanto ad identificarsi con il sistema dei diritti soggettivi.

Da tale impianto concettuale doveva tuttavia restare escluso il diritto dell'organizzazione dello Stato, concepito come una realtà antitetica e contrapposta all'individuo³¹⁹, a cui continuava a pertenerne lo studio del processo e delle forme volte alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive. Per effetto di simile impostazione, l'antica (romanistica) unità concettuale del diritto risultava quantomeno incrinata: l'età moderna aveva portato con sé la percezione di una potenziale frattura tra la sfera soggettiva dei privati e quella pubblica, tra *ius privatum* e *ius publicum*³²⁰.

Tuttavia, nonostante l'operata inversione dei rapporti di forza tra diritto e processo, quel modo di pensare alle situazioni di vantaggio in funzione della tutela ad esse apprestata – l'*Aktionenrechtliches Denken* cui si è fatto più sopra riferimento – si è preservato e ancora rappresentava l'abito mentale caratterizzante dei giuristi di ogni estrazione e provenienza per quasi tutto l'ottocento europeo³²¹. Esso sopravviveva principalmente nell'opera dei pandettisti, che tentavano di colmare la frattura che si era aperta nell'unità concettuale del diritto, cercando una nuova "saldatura" tra il sistema dei diritti soggettivi e il diritto oggettivo, e così tra diritto e processo³²². Per tutto il XIX secolo nozioni come il diritto materiale di azione e la cosa giudicata risultano così ancora appannaggio del diritto sostanziale e costituiscono il necessario momento di passaggio con la dottrina del processo, mentre quest'ultima ancora si occupa delle sole forme dei giudizi³²³.

318 Cfr. ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 788: "il giusnaturalismo aspirava a fondare un ordine giuridico che comportasse una serie di attributi inviolabili e insopprimibili della persona umana, posti fuori d'ogni discussione e per ciò stesso svincolati il più possibile dai rapporti politici". Si veda anche COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, 9, secondo cui "il giusnaturalismo [...] presentava ed esaltava, in un nuovo significato, la categoria del diritto soggettivo perché, considerando il diritto in funzione dell'individuo (*subiectum iuris*), introduceva l'idea degli *iura connata* quali attributi, potestà, predicati, qualità morali coesistenziali alla stessa persona umana".

319 Sul punto, SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, 1 ss., afferma che l'armonia tra individuo e Stato si rompe sia a causa della dottrina della Chiesa, sia a causa del sorgere degli stati nazionali, con tendenze assolutistiche ed incompatibili con le libertà dell'individuo.

320 ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 789, il quale evidenzia come "l'elaborazione del diritto privato, inteso come sistema dei diritti soggettivi, e quella del diritto pubblico, inteso come l'insieme delle norme di organizzazione dell'ordinamento politico, cominciarono ad andare ciascuna per la propria strada, facendo capo a fondazioni diverse, l'una basandosi sugli attributi originari della persona, l'altra sugli attributi originari dello Stato e della sovranità. [...] In questo rivolgimento di punti di vista e in questo smembrarsi dell'unità concettuale del diritto, comincia il dramma della scienza processuale".

321 E' difficile, al riguardo, segnalare precise date nel passaggio da una impostazione di pensiero ad un'altra. In realtà, l'influenza dell'*Aktionenrechtliches Denken*, e del suo plurisecolare bagaglio culturale, ancora si sarebbe fatta sentire, anche in Italia, per buona parte del XX secolo. Basti ricordare, in proposito, come ancora Chiovenda, nel suo classico saggio del 1903 sulla identificazione delle azioni (CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, 157 ss.), ancora avrebbe largamente attinto a quel patrimonio comune del pensiero giuridico europeo. Si è infatti rilevato come la teoria dei tre elementi identificatori della domanda – e, cioè, le parti, la causa petendi e il petitum – fosse il risultato cui pervenne una tenace tradizione culta nella ricerca, iniziata già a partire dal medioevo, "di un criterio sommario, affatto empirico e non generale, destinato a determinare, prevalentemente i limiti del giudicato". cfr. al riguardo GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da "ultra" o da "extrapetizione"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1965, 387 ss., in part. 389).

322 Alla "frattura" fra diritto e processo, così come alla "grande illusione" della pandettistica di rinvenire il loro nuovo punto di "saldatura", sono dedicate le indimenticate pagine di ORESTANO, voce *Azione in generale*, cit., 791 ss.

323 Indicativa è la dichiarazione di intenti all'esordio dell'opera di Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 3, ove l'A. dichiara di occuparsi solo del sistema dei diritti. Invano si cercherebbe nella manualistica processual-civilistica del XIX secolo qualche capitolo o paragrafo dedicato alla nozione di azione, di

Così, in base a quella che poteva dirsi la concezione ancora imperante al momento della redazione della *Civilprozessordnung* e direttamente riconducibile all'autorità del Savigny, l'azione in senso sostanziale altro non era che lo stesso diritto posto in stato di lesione³²⁴.

Si riteneva infatti che dal verificarsi di un fatto antiggiuridico si sarebbe instaurato un nuovo rapporto giuridico tra l'autore della violazione e il titolare del diritto leso, a prescindere dalla consistenza – reale od obbligatoria – di quest'ultimo³²⁵. Oggetto di tale rapporto era, appunto, lo stesso diritto soggettivo nella configurazione (“*Gestalt*”) che ad esso derivava dalla lesione: direzionalmente rivolto contro l'autore della violazione e reclamante il ripristino dell'ordine giuridico violato³²⁶. In tale dimensione relazionale e preprocessuale³²⁷ era vista consistere l'azione in senso materiale (l'*actio*, termine preferito dal Savigny al tedesco *Klagrecht* ovvero alla *Klage in materiellen Bedeutung*³²⁸), configurata come uno stadio di sviluppo o una metamorfosi (“*Metamorphose*”) dello stesso diritto sostanziale³²⁹.

Simili costruzioni, che risolvevano il problema dell'azione nell'ambito delle categorie civilistiche e la concepivano come lo stesso diritto violato in un suo particolare stato o condizione, ovvero come una facoltà, pertinenza o contenuto dello stesso, potevano dirsi imperanti per tutto il XIX secolo ed erano, al di là di ogni dubbio, ancora poste a base della CPO del 1877 ed ancora della successiva redazione della ZPO del 1898.³³⁰

diritto di agire o di cosa giudicata. Ciò resta confermato sol passando in rassegna l'indice di opere come WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl., Leipzig, 1878; BAR, *Systematik des deutschen Civilprocess-Rechts auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze*, Breslau, 1878; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885 (pur dovendosi allo stesso autore il primo studio di stampo moderno in tema di cosa giudicata: Wach/Laband, *Zur Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1899). E non è un caso che la grande polemica sull'*actio* romanistica aveva coinvolto alla metà dell'800 due grandi romano-civilisti: Windscheid e Muther. La si veda riportata in Windscheid/Muther, *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954.

324 SAVIGNY, *System des heutigen roemischen Rechts*, V, Berlin, 1841, § 204, 4: “*Die besondere Gestalt, welche jedes Recht in Folge einer Verletzung annimmt*”. Cfr. SIMSHAEUSER, *Zur Entwicklung des Verhaeltnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny*, Bielefeld, 1965, 59, che definisce

325 SAVIGNY, *System*, cit., 2: “*Indem wir ein Recht in der besonderen Beziehung auf die Verletzung desselbe betrachten, erscheint es uns in einer neuen Gestalt, im Zustand der Vertheidigung: Theils die Verletzung, theils die zur Bekämpfung derselben bestimmten Anstalten, aeußern eine Rueckwirkung auf den Inhalt und das Dasein des Rechts selbst, und die Reihe von Veraenderungen, die auf diese Weise in ihm entsteht, fasse ich zusammen unter den Namen des Actionenrechts*”.

326 SAVIGNY, *System*, cit., 5: “*Die Verletzung unserer Rechte aber ist nur denkbar als Thaetigkeit eines bestimmten Verletzers, zu welchem wir dadurch in ein eigenes, neues Rechtsverhaeltniss treten; der Inhalt dieses Verhaeltnisses laesst sich im Allgemeinen dahin bestimmen, dass mir von diesem Gegner die Aufhebung der Verletzung fordern*”

327 La dimensione preprocessuale dell'*actio* del Savigny è spesso misconosciuta o fraintesa, ma sul punto si vedano le lucide osservazioni di SIMSHAEUSER, *Zur Entwicklung des Verhaeltnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny*, Bielefeld, 1965, 58. Al riguardo, si confronti sempre in prima battuta SAVIGNY, *System*, cit., 5: “*Das hier beschriebene, aus der Rechtsverletzung entspringende Verhaeltniss heisst Klagrecht oder auch Klage, wenn man diesen Ausdruck auf die blosser Befugniss des Verletzten bezieht; denn allerdings wird derselbe auch gebraucht, um die in bestimmter Form er Si veda anche SAVIGNY, *System des heutigen roemischen Rechts*, VI, Berlin, 1841, § 256, 2*

328 SAVIGNY, *System*, V, cit., 7

329 SAVIGNY, *System*, cit., 3, dove apertamente il Savigny respinge l'idea che le *actiones* costituiscano autonome tipologie di diritti: “*Es gehoeren vielmehr diese Rechte nur zu dem Entwicklungsprozess oder der Metamorphose, die in jedem selbststaendigen Rechte eintreten kann, und sie stehen daher auf gleicher Linie mit der Entstehung und dem Untergang der Rechte, welche gleichfalls nur als einzelne Momente in dem Lebensprozess der Rechte, nicht als Rechte fuer sich, aufgefasst werden duerfen*”.

330 Concezioni del genere, seppur con diversa formulazione ma tutte contraddistinte dalla frammistione tra il diritto sostanziale e l'azione da esso originata, si rinvencono in realtà nella maggioranza degli autori sin quasi sul finire del XIX secolo. Si veda ad esempio Wächter, *Pandekten, I: Allgemeiner Theil*, Leipzig, 1880, 502 s., secondo cui “*Das Klagrecht ist daher nicht ein besonderes Recht fuer sich, sondern nur ein Theil des Inhalts, ein Bestandtheil*

La mancata distinzione del diritto processuale dal diritto materiale, tra azione e situazione giuridica sostanziale, avrebbe avuto la sua necessaria conseguenza nell'impossibilità di riconoscere altra forma di tutela che non fosse quella di condanna. Quest'ultima, anzi, esprimeva la generale concezione dei rapporti intercorrenti tra diritto e processo – scanditi secondo le dinamiche che si sono più sopra viste della lesione del diritto e della sua metamorfosi in azione – e il paradigma di ogni forma di tutela giurisdizionale dei diritti ancora al momento della entrata in vigore della *Civilprozessordnung*. A tale modello, ancora per diverso tempo, sarebbe stata ricondotta la stessa azione di mero accertamento, attraverso il forzoso ricorso ad una pretesa di riconoscimento (*Feststellungsanspruch*) in capo all'attore ed al corrispondente dovere del convenuto di non disconoscere le situazioni giuridiche altrui³³¹. Mentre ancora più tarda sarebbe stata l'enucleazione della categoria delle azioni costitutive, anche a causa dello scarso impiego che ne avrebbe fatto il legislatore tedesco

23. (Segue): *Materieller Parteibegriff e legitimatio ad causam*

L'indistinta unità di diritto materiale e processuale, incorporata nella nozione di *actio* ed ereditata dalla tradizione di ascendenza romanistica, sarebbe stata solo il punto di partenza di un imponente e affascinante processo di sviluppo – durato oltre un secolo e portato a compimento in forma collettiva dai più brillanti esponenti del pensiero giuridico tedesco – che avrebbe in ultimo condotto ad una nuova configurazione (*rectius*: alla definitiva scissione) dei rapporti tra diritto e processo, facendo loro assumere quella fisionomia che ancora oggi è dato rinvenire nelle trattazioni scientifiche della materia.

Ora, il punto di partenza di quell'imponente sviluppo cui si è sopra fatto riferimento è costituito dalla cd. concezione sostanziale della nozione di parte processuale (*materieller Parteibegriff*) diffusa e imperante in Germania fino alla fine del XIX secolo³³².

In base a tale concezione, la giusta parte legittimata ad agire e a difendersi nell'ambito di un procedimento giurisdizionale era individuata dall'interesse sostanziale fatto valere, e doveva pertanto coincidere con il soggetto che si fosse dimostrato effettivo titolare, attivamente o passivamente, della situazione giuridica controversa. Al suo radicamento nella cultura giuridica tedesca dovettero indubbiamente contribuire le forme – per lungo tempo vigenti – del processo di diritto comune, ove la trattazione propriamente meritale (l'*Hauptverfahren*) sarebbe stata preceduta da una fase preliminare (il *Vorverfahren*) in cui le parti – per poter sperare di

desjenigen Rechts, zu dessen Schutz die Klage dient". Gianturco, Istituzioni di diritto civile italiano, II ed., Firenze, 1888, 343: "L'azione è il mezzo per far reintegrare o riconoscere in giudizio il diritto violato [...] Di conseguenza ad ogni diritto, civilmente riconosciuto, inerisce un'azione. L'azione non si può pertanto separare dal diritto perfetto, cui inerisce". Si trattava, in definitiva, di quel concetto "misto o impuro di azione" che attirerà le critiche del CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 6

331 L'autonomia della tutela di mero accertamento rispetto a quella di condanna verrà riconosciuta solo a partire dall'opera del WACH, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, in *Festgabe fuer Windscheid*, Leipzig, 1888; nonché ID., *Handbuch des deutschen Civilprozessrecht*, I, Leipzig, 1885, 15. Su tale circostanza si veda per la dottrina tedesca ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., Muenchen, 2011, 493 s., nonché HENCKEL, *Parteilhre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg, 1961, 26 ss. In Italia la medesima acquisizione è maturata a seguito della prolusione di CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 84 ss.

332 La letteratura più recente ha sensibilmente contribuito a sottolineare l'ascendenza romanistica e l'incidenza, spesso obliterata, della nozione sostanziale della parte processuale (*materieller Parteibegriff*) sulle elaborazioni sistematiche compiute dalla dottrina del XIX secolo e sullo stesso impianto della *Civilprozessordnung*. Tra tutti, valga qui richiamare, in ordine di apparizione, DE BOOR, *Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff*, Leipzig, 1941, 33 ss.; HENCKEL, *Parteilhre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg, 1961, 15 ss.: "*Der materielle Parteibegriff ist gegruendet auf die Vorstellung der Einheit des materiellen und des prozessualen Rechtes*"; LUEKE, *Die Prozessfuehrungsbefugnis*, in *ZZP*, 1963, 1 ss.; HEINTZMANN, *Die Prozessfuehrungsbefugnis*, Koeln, 1970, 3 ss.; BAUMGARTEN, *Der richtige Klaeger im deutschen, franzoesischen und englischen Zivilprozess*, Frankfurt am Main, 2001, 11 ss.

accedere al vero e proprio giudizio di merito³³³ – avrebbero dovuto comprovare o contestare la rispettiva *legitimatatio ad causam*³³⁴. Quest’ultima era dunque configurata come condizione non solo per una decisione sul merito, sebbene anche per la sola trattazione del medesimo, e dunque come vero e proprio presupposto processuale la cui mancanza avrebbe decretato la nullità (*rectius*: l’impossibilità di instaurare) dell’intero processo³³⁵

Di qui i tentativi, intrapresi dalla dottrina, di elaborare validi criteri per distinguere la questione della titolarità subiettiva del diritto – oggetto di una trattazione preliminare – da quella della sua esistenza oggettiva³³⁶. Così, secondo un esempio piuttosto ricorrente nelle fonti, già nella fase preliminare del giudizio il cessionario di un credito avrebbe dovuto provare il fatto della cessione per accreditare la propria legittimazione, e solo una volta assolta la prova dell’avvenuta successione sarebbe stato ammesso a provare l’esistenza del diritto³³⁷.

In progresso di tempo, tuttavia, la difficoltà – del resto ben evidente – di procedere a tale netta ripartizione dovevano convincere prima il legislatore³³⁸ e poi la dottrina³³⁹ ad obliterare la distinzione: ai fini della trattazione del merito non sarebbe stata più richiesta la preventiva prova della *legitimatatio ad causam*, come viene ancora definita in questo torno di tempo. Quest’ultima invece sarebbe stata risospinta entro la *causa petendi*³⁴⁰, venendone a costituire l’elemento soggettivo, destinata ad essere trattata e provata insieme al merito della

333 Era infatti all’epoca opinione diffusa, anch’essa di diretta derivazione romana, quella per cui il vero e proprio “processo” sarebbe coinciso con il procedimento che avrebbe potuto portare a una definizione nel merito della controversia. Si veda sul punto HELLWIG, *Klagrecht und Klagmoeglichkeit*, Leipzig, 1905, 54: “*Unter Prozess wird hier im Anschluss an die roemische Auffassung nur dasjenige Verfahren verstanden, das zu einer Entscheidung in der Hauptsache fuehrt. Die Vorstellung ist also, dass, wenngleich das Gericht mit einem Streite befasst ist, ein Prozessverhaeltnis dann ueberhaupt nicht vorhanden ist, wenn eine Entscheidung zur Hauptsache nicht gefällt werden kann*”.

334 Sui lineamenti essenziali del processo di diritto comune applicato in Germania fino al XIX secolo, si v. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprozesses*, 3 Aufl., Leipzig, 1878, 141, 941 ss., 967 ss.; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, 29 s., 32 s.; più di recente BAUMGARTEN, *Der richtige Klaeger*, cit., 12 ss.; nonché Rosenberg, 22 ss.

335

336 GOENNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Bd. I, Erlangen, 1801, 306 s., “*Soll daher der ganze Rechtsstreit seinen Zweck nicht verfehlen, so muessen diejenigen als streitenden Theile auftreten, welche den Gegenstand des Streits zu dem Seinen rechnen koennen, d.h. die wahren Interessenten. Hieraus schliesst 1) die Nothwendigkeit der Legitimation zur Sache, wodurch am Klaeger sowohl, als am Beklagten alle jene Eigenschaften dargethan werden, ohne welche er ueber den Streitgegenstand als wahrer Interessent nicht betrachtet werden kann. Sie ist also nur die Bedingung, ohne welche unter diesen streitenden Theilen der Prozess ueber den Streitgegenstand nicht gedacht werden kann, niemals aber eine Bedingung der Anerkennung des streitigen Rechts selbst*”.

337 WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl., Leipzig, 1878, 156. L’esempio è tratto da HEINTZMANN, *Die Prozessfuehrungsbefugnis*, cit., 3. Effettivamente ancora l’A.G.O. prussiano – al I 5 § 4 – tra i necessari presupposti processuali faceva menzione, in punto di legittimazione, alla circostanza che “*der Cessionarius zum Ausweis der Cession [...] angehalten wird*”

338 Già l’Allgemeinen Gerichtsordnung fuer die Preussischen Staaten del 6 luglio 1793 aveva previsto al I 9 § 20 che: “

339

340 In questo senso KOCH, *Der Preussische Civil-Prozess*, 2. Aufl., Berlin, 1855, 195, secondo il quale “*Die Legitimation zur Sache ist wesentlich nichts anderes als der Nachweis des Klagrechts in der Person des Klaegers gegen die Person des Beklagten. [...] Die exceptio deficientis legitimationis ad causam ist mithin eine verneinende Klagbeantwortung und beziehentlich Replik, kann folglich nicht als eine prozesshindernde Einrede behandelt werden*”. Cfr. anche WETZELL, *System*, cit., 156: “*Somit sind die Thatfachen, auf welche sich in den genannten Faellen die legitimatatio ad causam richten soll, nichts anderes, als ein Theil des Klagefrundes, und unterscheiden sich dadurch sehr wesentlich von der legitimatatio ad processum, die mit der Begrueundung der Klage Nichts zu tun hat*”.

controversia³⁴¹ e il cui difetto avrebbe determinato il rigetto della domanda per infondatezza³⁴². In questo stadio dello sviluppo – che risulta ampiamente documentato nelle fonti già intorno alla metà del XIX secolo – la funzione di selezionare la giusta parte della controversia continuava ad essere assolta proprio dal *materieller Parteibegriff*, cioè dalla titolarità affermata del rapporto o della situazione sostanziale controversa³⁴³.

Se si tiene conto della configurazione di fondo dei rapporti tra diritto e processo e del ruolo selettivo che la nozione di parte in senso sostanziale svolgeva sulla legittimazione ad agire, deve necessariamente concludersi che – secondo la concezione all’epoca dominante – succedere in corso di causa nel diritto controverso avrebbe significato subentrare nella stessa posizione sostanziale e processuale propria del dante causa e proprio nella condizione in cui questa si veniva a trovare al momento del trasferimento: in stato di lesione e, dunque, nell’azione stessa³⁴⁴.

In questo senso si spiegano le ragioni dell’avvicendamento (*Parteiwechsel*) del successore nella stessa posizione giuridica sostanziale e processuale del dante causa, fenomeno in cui si è visto consistere il trattamento processuale della successione nel diritto controverso vigente in Germania (sia secondo il diritto comune che secondo i diritti particolari) per buona parte del XIX secolo.

E’ a tale regime “naturale” della successione nel diritto controverso, in particolare – per quanto si è avuto modo di constatare nel capitolo precedente – in quella che si fosse verificata dal lato attivo, che il § 236 CPO avrebbe inteso apprestare una vistosa deroga, sancendo l’immutabilità soggettiva del rapporto processuale e la fittizia postergazione del trasferimento una volta che il giudizio si fosse concluso.

Tutto ciò presupponeva ancora la possibilità di definire l’entità posta ad oggetto del processo in stretta aderenza con la posizione sostanziale fatta valere: lo strumentario concettuale del tempo non era infatti ancora arrivato a distinguere gli elementi identificativi del diritto, concepito nella sua astratta materialità, da quelli dell’oggetto concreto del giudizio calato nella dinamica processuale. Così i momenti individualizzanti del diritto sostanziale servivano contestualmente alla identificazione dell’oggetto del processo, di cui la parte si affermava titolare.

24. La progressiva autonomia del diritto processuale civile in Germania: la distinzione tra *materieller* e *prozessualer Anspruch*

Compito assai più gravoso e delicato è rintracciare analiticamente e partitamente i momenti della successiva linea evolutiva che, in progresso di tempo, avrebbe infine portato

341 KOCH, *Der Preussische*, cit., 195 s.: “Die Legitimation zur Sache faellt nun sachgemaess mit dem Beweise des Klagerechts und beziehlich des Rechtseinwandes, d.h. mir der Beweisfuehrung ueber die Hauptsache zusammen”

342 Così anche HENCKEL, *Parteilehre*, cit., 16.

343 Ancora WACH nel suo *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, 518 s., definiva la nozione di Parte come il “*Prozesssubjekt (dominus litis), Subjekt des Prozessrechtsverhaeltnisses. [...] Sie ist das Subjekt, in dessen Namen und fuer dessen Rechnung der Prozess gefuehrt, in dessen Interesse der Rechtsschutz begehrt wird. Sie ist es, weil das behauptete aktive oder passive Subjekt der Res in iudicium deducenda sive deducta, des den Streitgegenstand bildenden materiellen Rechtsverhaeltnisses*”.

344 Esemplificativa del modo di pensare del tempo è il seguente passaggio di HARTTER, *Ueber Veraeusserung im Streit befangener Sache*; ancora, WEIDLICH, *Die Veräußerung*, cit., 300: “*Doch wird von den Parteien bei der Streitveraeussierung gerade nicht der mit dem Ende des Prozesses sich herausstellende rechtliche Bestand veraeussert, sondern der rechthaengige Anspruch, die streitbefangene Sache eben in dem Umfange, die sie in der Klage behauptet oder der Klage gegenueber vertheidigt werden, ohne Ruecksicht auf ihren thatsaechlichen rechtlichen Bestand, von dem die streitenden Parteien selbst im Zweifel keine richtige Vorstellung haben*”. Del resto, di “trasferimento dell’azione” parla ancora Chiovenda; e continua a parlarsene tutt’oggi da parte della dottrina francese.

all'attuale configurazione dei rapporti tra diritto e processo, informati ad una netta separazione e stringente autonomia³⁴⁵.

Ciononostante si cercherà di tracciarne, almeno a grandi linee, le tappe fondamentali che quello sviluppo hanno reso possibile.

La prima pietra verso la moderna sistematica è stata sicuramente gettata, in Germania, con la ferale critica a quel concetto di *actio* (*rectius*: alla recezione che di quel concetto era stata data fino ad allora) su cui si reggeva l'equilibrio dei rapporti, comunemente intesi per tutto il corso del XIX secolo, tra diritto e processo. Tale doveva, in sostanza, essere l'apporto più significativo della monografia del Windscheid sull'*actio* romana dal punto di vista del diritto attuale, pubblicata nel 1856³⁴⁶.

Il punto centrale della tesi di Windscheid muoveva dall'assunto che l'*actio* romana non trovasse corrispondenza nella coeva sistematica del diritto e, soprattutto, che non potesse essere identificata con la moderna *Klage*. Nel diritto romano – si diceva – il *prius* è costituito dall'*actio* e il diritto è un mero riflesso della prima³⁴⁷; mentre negli ordinamenti moderni l'azione o *Klagerecht* è un'emanazione del diritto e della sua violazione.

Di qui la scelta – che doveva valere come raccomandazione per i contemporanei – di abbandonare il fuorviante linguaggio delle *actiones*, posto che negli ordinamenti moderni si conviene discorrere piuttosto di situazioni sostanziali³⁴⁸, e che queste esistono nella misura in cui sia dato invocarne la tutela giudiziale.

Al contrario, l'unica entità che avrebbe consentito di tradurre in termini moderni la direzione personale e la dimensione sostanziale in cui si muoveva l'*actio* romana – spogliata, dunque, dagli elementi più marcatamente processuali che la coeva dottrina le aveva ricondotto – era la *Anspruch*: la pretesa ad una prestazione, non necessariamente scaturita dalla lesione di un diritto soggettivo primario e con quest'ultimo del resto non del tutto identificabile³⁴⁹. Ancora distinta dall'*Anspruch* doveva essere l'azione (*das Klagerecht*), la quale – a sua volta – sarebbe scaturita dall'insoddisfazione della prima da parte del soggetto obbligato³⁵⁰.

345 La difficoltà è tanto più percepibile in quanto quello che si è consumato non è stato – come è facile immaginare – un cambiamento conclusosi dalla notte al giorno; ma il risultato di un lento processo di sviluppo costituito dall'affermazione e dal consolidamento di idee e concetti in continuo movimento, in un gioco di reciproche influenze che nell'arco di diversi decenni hanno radicalmente sconvolto il volto del sistema della tutela giurisdizionale dei diritti. Può, al riguardo, ripetersi quanto ebbe ad affermare HENCKEL, *Parteilehre*, cit., 15: “*Es gibt weder feste Zeitpunkte, auf die der Wechsel des Begriffsinhaltes festgelegt werden koennte, noch sind die Uebergaenge scharf und ausgepraegt, Die Begriffe sind in Bewegung*”.

346 WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, oggi in WINDSCHEID/MUTHER, *Die Actio des römischen Zivilrechts*, Aalen, 1984, nonché, in traduzione italiana, in WINDSCHEID/MUTHER, *Polemica intorno all'actio*, Firenze. Il ruolo centrale assunto dalle teorie del Windscheid nella progressiva emancipazione del diritto processuale dal diritto sostanziale è oggi ampiamente riconosciuto dalla dottrina più autorevole. Si veda, al riguardo, HENCKEL, *Parteilehre*, cit., 15, 20 s.; nonché SIMSHAEUSER, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny*, Bielefeld, 1965, 71 ss. Per l'Italia, si veda PUGLIESE, *Introduzione*, in WINDSCHEID/MUTHER, *Polemica*, cit., XV, secondo cui “la problematica moderna relativa sia all'*actio* sia all'azione (*Klagerecht*) ha il suo atto di nascita nella pubblicazione del Windscheid”.

347 WINDSCHEID, *Die Actio*, cit., 3: “*Die Actio ist nichts Abgeleitetes, sie ist etwas Urspruengliches und Selbststaendiges*”; e ancora: WINDSCHEID, *Die Actio*, cit., 4: “*die Actio ist anstatt des Rechtes; sie ist nicht ein Ausfluss des Rechtes*”. Il Windscheid, in particolare,

348 WINDSCHEID, *Die Actio*, cit., 3: “*Fuer das heutige Rechtsbewusstsein ist das Recht das Prius, die Klage das Spaetere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte*”.

349 Cfr. sul punto ORSI, voce *Pretesa*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 359 ss., in part. 362, secondo il quale la *Anspruch* elaborata dal Windscheid “può essere identificata con una situazione giuridica autonoma, che si colloca in via intermedia tra il diritto soggettivo e l'azione. Essa esprime la tendenza del diritto soggettivo ad assoggettare l'altrui volontà; è la direzione personale del diritto, attraverso la quale si afferma e si realizza la volontà del titolare”.

Non è il caso in questa sede di profondersi nella disamina delle reazioni e delle fortune riscosse dalle tesi del Windscheid³⁵¹; basti qui segnalare come la nozione di *Anspruch* abbia infine trovato ricezione nella versione definitiva del *Bürgerliches Gesetzbuch* del 1900, dove tuttora campeggia al – § 194 – la sua definizione come il diritto di pretendere da altri una prestazione: “*das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch)*”.

Ora, la scissione operata all’interno del concetto unitario dell’*actio* del suo contenuto sostanziale, unilateralmente ricondotto alla nozione di *Anspruch*, demandava all’emergente dottrina processualistica il compito di rinvenire una nuova saldatura con il diritto materiale, dal momento che il tradizionale collegamento tra diritto e azione – che si era visto risiedere, fino a quel momento, proprio nel momento genetico dell’*actio* per effetto della lesione – era venuto meno³⁵².

A tale scopo mal si prestava, del resto, anche la nascente teorica del *Rechtsschutzanspruch* (pretesa alla tutela del diritto), la quale nasceva astraendo del tutto dall’effettiva esistenza della situazione giuridica tutelanda, ed era configurata come un potere diretto nei confronti dello stato, piuttosto che nei confronti dell’avversario³⁵³.

A tale considerazione – di consistenza prettamente teorica – si aggiungevano, tuttavia, le difficoltà interpretative frapposte dalle evidenti discrasie testuali contenute nei due codici, sostanziale (BGB) e processuale (ZPO), che neanche i lavori di adeguamento cui quest’ultima era stata sottoposta (la *Novelle* del 1898) erano riusciti ad eliminare³⁵⁴. Infatti, accanto a disposizioni che facevano indiscutibile riferimento all’*Anspruch* nel senso windscheidiano fatto proprio dal BGB – ormai divenuto in progresso di tempo “tecnico”³⁵⁵ e di qui in avanti indicato con il distico “*materieller Anspruch*” – si rinvenivano alcune norme in cui il medesimo termine solo forzatamente poteva essere ricondotto al medesimo significato.

Si trattava, in particolare, delle disposizioni che disciplinavano il contenuto della domanda introduttiva (§ 253 ZPO) nonché l’oggetto dell’accertamento vincolante contenuto nella sentenza (§ 322 ZPO), che mal si sarebbero conciliate con le ipotesi di domande di mero

350 Come noto, è precipuamente al rapporto tra *Klagrecht* e diritto soggettivo tracciato dal Windscheid che si appunteranno le critiche del Muther (le si vedano, sempre in traduzione italiana, in WINDSCHEID/MUTHER, *Polemica intorno all’actio*, cit., 189 ss.)

351 Al riguardo, per una sommaria panoramica, può rinviarsi a PUGLIESE, *Introduzione*, in WINDSCHEID/MUTHER, *Polemica*, cit.

352 In questo senso anche SIMSHAEUSER, *Zur Entwicklung*, cit., 84: “*Die Unterordnung der Klage unter den materiellen Anspruch erhaelt nun ihre besondere Auspraegung dadurch, dass sie in eigenartiger Weise an die Abweichungen von der bisherigen gemeinrechtlichen Theorie, d. h. an einen im Wege vorprozessualer Betrachtung gewonnenen Anspruchsbegriff, gebunden ist, bei dem der materiellrechtliche Gehalt der actio in der geschilderten Weise verselstaendigt und unter begrifflicher Trennung vom prozessualen diesem gegenuebergestellt ist*”

353 La teoria del *Rechtsschutzanspruch* si deve al fondamentale apporto di WACH, *Handbuch*, cit., 19 ss., il quale – in contrapposizione alla previgente dottrina – ne preciserà sin da subito i caratteri dell’astrattezza rispetto al diritto sostanziale (WACH, *Handbuch*, cit., 19: “*Der Rechtsschutzanspruch ist nicht eine Funktion des subjektiven Rechts, denn er ist nicht bedingt durch solches. Rechtsschutzinteresse und -anspruch besteht nicht nur, wo Recht besteht*”) e del suo rivolgersi nei confronti dello Stato e non dell’avversario (WACH, *Handbuch*, cit., 21: “*Der Rechtsschutzanspruch wird befriedigt nur durch den Staat, den Richter, er kann nicht befriedigt, sondern nur gegenstandslos gemacht werden durch den Gegner*”). Tale insegnamento sarà accolto – salvi alcuni adattamenti meramente formali – dalla dottrina successiva: si veda Hellwig, *System*, cit., 291 ss.; Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, 2. Aufl., Berlin, 1985, 6; Schilken, *Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Koeln-Muenchen-Berlin, 2006, 92 s.

354 L’osservazione viene formulata dallo stesso HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, II ed., Leipzig, 1910, 154 s., sulla scia di Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1885, 293

355 HELLWIG, *Anspruch*, cit., 154

accertamento e di azione costitutiva con le quali non veniva fatto valere alcun diritto all'adempimento di una prestazione.

In realtà, sembra possibile suggerire – come ben più autorevolmente è stato fatto – che la duplicità dei significati del termine *Anspruch* fosse riconducibile allo sfasamento temporale della elaborazione dei codici processuale e sostanziale. Al momento della redazione dell'originaria *Civilprozessordnung* nel 1877 la tutela di condanna era infatti ancora l'unica forma di tutela conosciuta che avrebbe rappresentato – secondo il costituito dalla lesione del diritto – il generale paradigma dei rapporti tra diritto e azione. Solo e soprattutto all'assunto di base, condiviso dai primi redattori, secondo cui il diritto ad una prestazione e la corrispondente sentenza di condanna avrebbero descritto il più generale paradigma dei rapporti tra diritto ed azione³⁵⁶.

Scartata tuttavia detta opzione interpretativa ricostruttiva – con la motivazione che essa avrebbe costretto a rileggere in via analogica disposizioni di legge coniate sul modello delle azioni di condanna a processi di diverso contenuto (di accertamento o costitutivi) – si preferì assegnare altro significato, rispetto a quello del § 194 BGB, a tale nozione di *Anspruch*, che dal codice che più frequentemente la conteneva prese appunto il nome di “*prozessualer*”. Questo doveva ancora coincidere, almeno in un primo tempo, con il diritto affermato o negato dall'attore nel processo, oggetto del giudizio e del successivo accertamento contenuto nella sentenza: in breve la richiesta del provvedimento³⁵⁷.

Veniva così inaugurata – seppure soltanto *in nuce* – la dottrina dello *Streitgegenstand*, che avrebbe in seguito aperto un profondo dibattito nella dottrina tedesca l'interesse per il quale, tuttavia, esula dagli scopi della presente ricerca³⁵⁸.

Quel che interessa invece in questa sede rilevare è come, per effetto della scissione operata nel concetto di *Anspruch*, l'oggetto del processo (il *prozessualer Anspruch*) sarebbe stato individuato secondo criteri non più del tutto coincidenti con quelli proprio del diritto sostanziale (*materieller Anspruch*). Ora non era più la titolarità di quest'ultimo che avrebbe concorso ad individuare la giusta parte del processo, chiamata ad avvicinarsi al suo autore nella conduzione della lite a seguito del trasferimento del diritto controverso. Piuttosto, sarebbero stati i soggetti del rapporto controverso ad individuare la *res in iudicium deducta* una volta che questa fosse stata calata nel processo³⁵⁹, e così il diritto del successore sarebbe stato

356 HELLWIG, *Anspruch*, cit., 155

357 HELLWIG, *Anspruch*, cit., 156: “Der Anspruch in diesem von dem Anspruch des BGB durchaus verschiedenen Sinne ist also die aufgestellte Rechtsbehauptung, welche in dem durch den Klagantrag bestimmten Umfange zur ‘Streitsache’ (§ 263 I) und zum Gegenstande der rechtskraftsfähigen Aburteilung (§ 322 I) wird. Kurz gesagt: der Anspruch ist hier das Urteilsbegehren im Sinne dessen, was begehrt wird, was der Richter dem Kläger ‘zusprechen’ soll”.

358 Sulla successiva evoluzione della dottrina dello *Streitgegenstand* in Germania si v. per la letteratura italiana Consolo, Il cumulo, I, 182, n. 113

359 LENT, *Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, 2. Bd., *Die prozessuale Bedeutung der bürgerrechtlichen Gesetzeskonkurrenz*, 1916, 1 ss., in part. 59 ss. Può rivelarsi utile riferire il pensiero di questo Autore per la rilevante influenza che eserciterà in progresso di tempo anche in Italia. Secondo Lent, seppure per il diritto sostanziale il soggetto titolare non avrebbe costituito elemento identificatore (*Individualisierungsmoment*) del diritto (perché quest'ultimo sarebbe rimasto lo stesso nonostante il suo trasferimento), lo stesso principio tuttavia si sarebbe rivelato inapplicabile per il diritto processuale perché, ai fini dell'individuazione dell'oggetto del processo, non sarebbe stato indifferente il soggetto che se ne fosse ascritto la titolarità. E per dimostrare l'assunto si prospettavano i seguenti esempi: se il preteso titolare non avesse concorso ad individuare l'oggetto del processo allora il convenuto in un processo di rivendica o di accertamento della proprietà non avrebbe potuto proporre, a sua volta, domanda di rivendica o di accertamento del proprio diritto di proprietà sulla medesima cosa, essendovi impedito dalla litispendenza della prima domanda, dal momento che l'oggetto del processo sarebbe stato lo stesso. Così come, anche a processo concluso, la sua autonoma iniziativa giudiziale per l'accertamento del “proprio diritto” sulla medesima cosa sarebbe stata impedita dal giudicato – seppure di rigetto – formatosi sulla domanda dell'attore nel primo procedimento. Di qui la conclusione per cui “die Person des Inhabers, dem das Recht zugeschrieben wird,

diverso dal diritto del proprio autore perché – nonostante l'identità del diritto sul piano sostanziale – il suo titolare avrebbe individuato un nuovo e diverso oggetto del giudizio³⁶⁰.

Di qui l'affermarsi della necessità – che, come si è visto, si attesta sin dall'inizio del del XX secolo nella giurisprudenza del BGH – che la domanda dovesse venir mutata a seguito del trasferimento del diritto controverso.

25. (segue): *formeller Parteibegriff, Sachlegitimation, Prozessfuehrungsbefugnis*

L'evoluzione di cui si è dato conto nel paragrafo precedente sarebbe stata contestualmente favorita, anzi incentivata, dall'abbandono – operatosi nella dottrina a partire dall'ultimo decennio del XIX secolo – della nozione di parte in sostanziale su cui ancora si reggeva l'impianto della CPO del 1877 nonché della ZPO del 1898, imperniata sulla titolarità – prima effettiva, poi meramente affermata – della situazione sostantiva oggetto del processo (*materieller Parteibegriff*)³⁶¹.

Era infatti evidente che tale nozione sarebbe entrata in crisi ogni qual volta il potere di agire in giudizio per una determinata situazione sostanziale fosse riconosciuto ad un soggetto diverso dal titolare della stessa. Fu così che per appianare la contraddizione si propose di assumere una nozione prettamente formale di parte processuale: tale sarebbe stato il soggetto formalmente comparso in giudizio per invocare in nome proprio la tutela giurisdizionale per un diritto ancorché non se ne affermasse titolare³⁶².

L'operazione ermeneutica così compiuta – peraltro senza incidere, almeno da un punto di vista formale, sull'ordinanza processuale tedesca – avrebbe tuttavia sottratto il criterio per l'individuazione della giusta parte del processo, che da più di mezzo secolo riposava proprio sulla nozione di parte in senso sostanziale³⁶³. Di qui, i tentativi della dottrina di coniare una nuova formula per esprimere le condizioni in virtù delle quali un soggetto avrebbe potuto validamente agire od essere convenuto in giudizio.

ist Individualisierungsmoment fuer die Rechtsbehauptung". Di qui, l'ulteriore conclusione per cui lo scopo del processo non sarebbe più stato semplicemente quello di pronunciarsi sull'esistenza o meno del diritto controverso, ma di stabilire a chi tale diritto appartenesse.

360 Sul punto si veda anche HENCKEL, *Parteibegriff und Rechtskrafsterstreckung*, in ZZP, 1957, 450: "*Die Individualisierung des Streitgegenstandes folgte jetzt anderen Grundsätzen als die des materiellen Anspruchs. Wenn auch im Anfang dieser Entwicklung der Streitgegenstandsbegriff noch in enger Anlehnung an den materiellen Anspruch gefasst wurde, so ist doch wenigstens insofern ein Unterschied zu beobachten, als der Streitgegenstand nunmehr auch bestimmt wird durch die Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses. Der prozessuale Anspruch, im Prozess des Rechtsnachfolgers ist also ein anderer als der im Prozess des Vorgängers, während der materielle Anspruch trotz Wechsel des Anspruchsinhabers identisch bleibt*".

361 Indicativo di quanto fosse radicata tale concezione nella giurisprudenza e nella mentalità dei giuristi per tutto il XIX, risulta ancora la lettura della sentenza del Reichsgericht RGZ V, 30.3.1892, Bd. 29, 29 (citata da De Boor, 34), ove il giudice supremo del Reich affermava: "*Die Legitimation zur Sache steht in einem ähnlichen Verhältnis*".

362 Si impone tuttavia una precisazione. Prima della formulazione del formeller Parteibegriff, non può dirsi che la nozione formale di parte fosse del tutto sconosciuta alla dottrina precedente. Quest'ultima tuttavia, per l'impostazione dogmatica che le sottostava, era fatta del coincidere con la parte in senso sostanziale. Si veda al riguardo MAYER, *Ueber die rechtlichen Grundsätze*, cit., 318, quando afferma che "*der prozessuale und der materielle Parteibegriff nicht zu trennen sind; Prozesse werden nicht um ihrer selbst willen geführt, sondern zum Schutze civiler Rechte und Pflichten; in diesem Sinne wird die Partei definiert als Subjekt des Prozessrechtsverhältnisses, welches um deswillen als solches anzusehen ist, weil es das behauptete aktive oder passive Subjekt des materiellen, den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses ist*".

363 Si ricorderà come, già a partire dalla metà del XIX secolo, la *legitimatio ad causam* era stata ridotta ad un istituto puramente sostanziale e la risoluzione delle questioni che la concernevano assorbite nel merito della controversia: si veda in proposito il par.

In questo contesto puramente definitorio e sperimentale – registratosi a cavallo tra XIX e XX secolo – si assiste al proliferare di diverse proposte variamente ispirate ad antiche³⁶⁴ e nuove³⁶⁵ opzioni ricostruttive, alcune delle quali avrebbero inteso reimpiiegare la nozione di *Sachlegitimation*, come oramai viene tradotta in questo torno di tempo l'antica *legitimatio ad causam* che la tradizione precedente aveva voluto rigorosamente relegare al merito della controversia

Ed è proprio in tale contesto che scaturisce quell'insegnamento – in progresso di tempo assunto a canone interpretativo della *Relevanztheorie* anche da una parte della dottrina italiana³⁶⁶ – che avrebbe voluto definire il regime interno e l'ambito di applicazione dei § 265 ZPO e art. 111 c.p.c. attraverso il concetto della perdita della *Sachlegitimation*³⁶⁷. Delle conseguenze e ripercussioni che una simile ricostruzione avrebbe innescato sull'istituto in esame, si è già detto nel capitolo precedente e vi si ritornerà nel proseguo del lavoro. Piuttosto, il profilo che interessa ora mettere a fuoco è il significato che si sarebbe voluto attribuire a tale nozione.

È, del resto, lo stesso autore del sopra riferito orientamento – Eckard Meister – a porre particolare enfasi nel delinearne i caratteri distintivi rispetto alla *legitimatio ad causam* dei più antichi pandettisti³⁶⁸, e a sottolineare come il suo concetto di *Sachlegitimation* mirasse a mettere a frutto i risultati cui era giunta la più recente dottrina nel ridisegnare i rapporti tra diritto e processo su di un piano di autonomia. Quegli avrebbe dunque inteso racchiudere nel concetto di *Sachlegitimation* tutte quelle circostanze che avrebbero costituito la *causa petendi* della pretesa alla tutela giuridica (*Rechtsschutzanspruch*) e che dovevano fondare la posizione di parte nel processo³⁶⁹, sia che queste fossero coincise con il diritto controverso sia con altra posizione soggettiva o diversa fattispecie legittimante³⁷⁰.

364 Così, ad esempio, v'era ancora chi conservava la *Sachlegitimation* in una dimensione prettamente sostanziale e in stretta aderenza con la *materieller Anspruch* della dottrina di diritto comune (si veda, tra i vari, FITTING, *Der Reichscivilprozess*, 10. Aufl., Berlin, 1900, 84 ss., il quale – sulla scorta del Goenner – avrebbe continuato a distinguere, entro l'oggetto del processo di merito, tra le questioni inerenti all'esistenza oggettiva del diritto e quelle relative alla sua spettanza soggettiva: “*Die Frage nach der Sachlegitimation ist an sich keine Frage des Prozessrechtes, sondern eine Frage des bürgerlichen Rechtses [...] Immerhin ist diese Frage von der Frage nach dem Dasein und der Wirksamkeit des Anspruches selbst insofern zu sondern, als es häufiger die Entscheidung über die Sachlegitimation auf die Anwendung ganz anderer Rechtssätze und die Feststellung ganz anderer Thatsachen ankommt als die Entscheidung über die Richtigkeit des Anspruches an und über sich betrachtet*”. Opinione che, in Italia, sarà fatta propria da Chiovenda). E' indicativo, al riguardo, come lo stesso autore che aveva pochi anni prima teorizzato la figura della *Prozessstandschaft* si dimostrasse particolarmente cauto nello svincolare radicalmente la *Sachlegitimation* dal diritto sostanziale: cfr. KOHLER, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin, 1894, 348: “*Uebrigens ist stets festzuhalten, dass die Loslösung des Prozessführers vom Subjekte des Anspruchs [...] etwas aussergewöhnliches ist und bleiben muss*”.

365 Può qui farsi qui menzione della proposta di SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrecht*, Leipzig, 1900, 313, che definisce la *Sachlegitimation* come “*das Interesse an der Aburteilung eines Rechtsverhältnisses*” nel quale si sarebbero dovuti compendiare le condizioni soggettive di esistenza del diritto (“*subjektive Anspruchsvoraussetzungen des Privatrechts*”) e le condizioni soggettive della tutela giuridica (“*subjektive Rechtsschutzbedingung*”). E' d'uopo precisare come simili costruzioni fossero espressamente ritenute idonee a descrivere il fenomeno disciplinato dal § 265 ZPO.

366 Si vedano a riguardo, rispettivamente, i parr. 11 e 17 del capitolo precedente.

367 Si rimanda, per maggiori chiarimenti sul punto al par.

368 MEISTER, *Die Veräusserung*, cit., 7: “*Ich gehe damit über die Bedeutung, die die ältere Doktrin der Sachlegitimation beilegte, einerseits hinaus, indem diese mit Sachlegitimation nur die subjektive Seite des im Rechtsstreit selbst zu prüfenden und festzustellenden streitigen Rechtsverhältnisses bezeichnete*”

369 Così, pressoché letteralmente, MEISTER, *Die Veräusserung*, cit., 7: “*Unter Sachlegitimation verstehe ich den subjektiven Klagegrund (quest'ultima definita come “die spezifischen den Rechtsschutzanspruch erzeugenden Tatsachen”, n.d.a.), also die Umstände, die ergeben, dass diesem Kläger gegen diesen Beklagten Rechtsschutz zu gewahren ist oder anders ausgedrückt: die Umstände, die die Stellung der Parteien im Prozess begründen ist*. Nello stesso senso, adesivamente, BRILL, *Die Relevanztheorie und Irrelevanztheorie!*, Magdeburg, 1930, 4, nt. 13.

370 MEISTER, *Die Veräusserung*, cit., 8 ss.

Si trattava, come ben si vede, di un primo tentativo di definire su di un piano prettamente processuale la *Sachlegitimation*, che traeva apertamente spunto dalla riconosciuta autonomia del potere di azione maturata attraverso gli studi compiuti in materia di azione di mero accertamento³⁷¹.

Invano tuttavia si cercherebbero, nella definizione di questo autore, riferimenti espressi alle azioni costitutive, e ciò per una semplice e fondamentale ragione: la tutela costitutiva nel BGB è di fatto esclusa dal classico diritto patrimoniale tedesco, mentre risulta confinata in settori ordinamentali (come quello commerciale o del diritto di famiglia) in cui appare ben difficile anche solo prefigurare astrattamente un fenomeno successorio nel diritto controverso.

Di qui lo scarso interesse manifestato per esse dall'autore, nonostante alcuni anni prima si fosse già tentato, ad opera del Lux in uno studio monografico destinato allo studio del litisconsorzio necessario³⁷², di enucleare una nozione di *Sachlegitimation* che fosse in grado di attagliarsi ad ogni forma di tutela giurisdizionale, ivi compresa quella costitutiva. Di essa si sarebbe pur sempre cercato un fondamento prettamente processuale, che tuttavia non si sarebbe voluto ricavare dalla *causa petendi*, ma sulla base dei *compiti e degli scopi fissati al processo*, declinati secondo la tutela giurisdizionale di volta in volta richiesta³⁷³. Si vedranno in seguito gli sviluppi che tale insegnamento conoscerà nella dottrina italiana.

Entrambe le riferite proposte definitorie non sarebbero tuttavia riuscite a far breccia tra gli interpreti tedeschi, i quali avrebbero invece fatto proprio l'autorevole suggerimento, propugnato da Hellwig³⁷⁴, di destinare definitivamente il termine di *Sachlegitimation* a designare l'effettiva titolarità del diritto controverso. Al contrario, per indicare le questioni che tradizionalmente concernevano l'individuazione della giusta parte in un procedimento giurisdizionale si sarebbe preferito parlare di *Prozessfuehrungsrecht* o *Prozessfuehrungsbefugnis*. Di qui sarebbe derivata la formula – divenuta tradizionale in Germania tra gli assertori della *Relevanztheorie* – secondo cui il § 265 ZPO avrebbe dovuto conferire all'alienante la legittimazione straordinaria ad agire (*Prozessfuehrungsbefugnis*), in sostituzione processuale dell'avente causa, nonostante il sopravvenuto difetto della titolarità del diritto, appunto la *Sachlegitimation*³⁷⁵.

Quest'ultima nozione poi, nella letteratura successiva, sarebbe comunque rimasta a designare un limite all'operatività del § 265 ZPO, ma in un senso diverso e più sfumato e comunque solo in riferimento alle controversie relative a beni materiali. Infatti, secondo un insegnamento che sarebbe in seguito diventato tradizionale, una cosa si sarebbe potuta dire

371 MEISTER, *Die Veraeusserung*, cit., 8: “Besonders die Feststellungsklage des § 256 ZPO, die Lehre vom Rechtsschutzanspruch hat hier bahnbrechend gewirkt, materielles ziviles Recht und prozessualen Anspruch und beider Voraussetzungen von einander scheiden gelehrt”. Potrebbe sembrare che quest'ultima osservazione sulla consistenza prettamente processuale che Eckard Meister avrebbe voluto dare alla sua nozione di *Sachlegitimation* sia in contraddizione con quanto rilevato nel capitolo precedente in ordine alla prospettiva sostanziale dalla quale il medesimo autore si sarebbe voluto collocare nell'individuare le singole ipotesi in cui il trasferimento del diritto controverso avrebbe condotto alla perdita della stessa *Sachlegitimation*. Basta tuttavia controbattere al riguardo che ci si è limitati a riferire il più fedelmente possibile il pensiero dell'autore, e che se si scorgesse alcuna contraddizione nel ragionamento, questa non è certo da rimproverare al suo mero traduttore.

372 LUX, *Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*, Muenchen, 1906.

373 LUX, *Die Notwendigkeit*, cit., 30: “Jeder Prozess – genauer: der Rechtsschutzakt, welcher von der betriebsenden Partei erstrebt wird – hat eine bestimmte Aufgabe zu erfullen. Damit er sie erfullen kann, muessen die Parteien in einer gewissen Beziehung zur Sache stehen [...] Die zur Sache legitimierten Personen sind also die ‘rechten’ Parteien, und folglich auch nur unter ihnen zu einem Erfolge fuehren kann”

374 Hellwig

375 Tra tutti, si veda Lueke; Schneider

controversa solo allorché “la titolarità del diritto vantato dall’attore si fosse fondata sulla immediata relazione con la cosa”³⁷⁶.

Non è chi non veda come, in tale accezione, la *Sachlegitimation* avrebbe perso ogni sfumatura puramente processuale quale condizione di ammissibilità dell’azione esercitata, mentre – nelle dinamiche applicative dell’istituto in esame – essa avrebbe inteso meramente connotare da un punto di vista sostanziale la posizione di vantaggio vantata dall’attore sulla cosa al fine della qualificazione di quest’ultima come controversa (*streitbefangen*).

Così, per riprendere un esempio già in precedenza fatto³⁷⁷, la pretesa alla consegna di un bene proposta dall’acquirente in virtù di un contratto meramente obbligatorio (*Kaufvertrag ex § 433 BGB*, dal quale sarebbe derivata una pretesa solo obbligatoria – *schuldrechtlicher Anspruch*) non avrebbe reso controversa la cosa proprio perché l’acquirente non ne era ancora divenuto proprietario e non avrebbe neanche astrattamente potuto vantare quella relazione giuridica di immediatezza con la cosa (*rechtliche Beziehung zur Sache*)³⁷⁸.

Sul punto si tornerà ancora nel proseguo della ricerca, per ora interessava rilevare come la nozione di *Sachlegitimation* come di qui in poi sarà intesa in relazione alla *Streitbefangenheit der Sache*, non avrebbe avuto più alcuna connotazione processuale, ma meramente sostanziale.

26. Gli sviluppi della dottrina sulla natura della cosa giudicata: la teoria sostanziale del giudicato e la sua incidenza sull’istituto della successione nel diritto controverso

Un necessario e problematico snodo della ricerca per la comprensione dell’evoluzione del dibattito relativo all’istituto indagato – nella dimensione storica e comparata in cui lo si è voluto collocare in questo lavoro – è costituito dall’imponente problematica della definizione della natura della cosa giudicata.

Anche a tale riguardo, l’economia del presente lavoro non consente di sottoporre ad approfondita analisi le singole elaborazioni offerte dai diversi autori in relazione al disputato tema. Si tratterà pertanto in questa sede di recepire le linee portanti della discussione che si è svolta, innanzitutto nella dottrina tedesca, in materia di cosa giudicata³⁷⁹ e di evidenziare le

376 Si traduce in questo modo la formula secondo cui “*eine Sache ist streitbefangen, wenn auf rechtlicher Beziehung zu ihr die Sachlegitimation des Klägers beruht*”, in tal senso si veda tra tutti Hellwig, *System*, I, 364 ss.; Nikisch, *Zivilprozessrecht*, cit., 456; Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, cit., 232; Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1929, 126; Henckel, *Parteilehre*, cit., 145 ss.

377 Richiamo al primo capitolo. Si tratta della stessa fattispecie tenuta presente da MEISTER, *Die Veraeusserung*, cit., 19, allorché si chiede: “*Geht denn aber durch die Veraeusserung jeder Sache, die in den Streit gezogen wird, die Sachlegitimation einer Partei verloren?*”. Da qui la risposta: “*Dass dem nicht so ist, wird sofort klar, wenn man die Veraeusserung der vom Eigentüemer mit der rei vindicatio herausgeforderten Sache durch den beklagten Besitzer neben die der vom Kaeufer geforderten Sache durch den Verkaeuffer stellt. In beiden Faellen Veraeusserung der im Prozess geforderten Sache, aber dort mit der Folge des Verlusts der Sachlegitimation fuer den eingeklagten dinglichen Anspruch, hier ohne Einfluss auf den Bestand der obligatorischen Verpflichtung und die Passivlegitimation des Beklagten*”

378 Sul punto, si veda MEISTER, *Die Veraeusserung*, cit., 22: “*Streitbefangene Sache ist dasjenige tatsaechliche oder rechtliche Verhaeltnis der Partei zur Sache, dasjenige dingliche Recht, der Besitz eingeschlossen, das die Aktiv- oder Passivlegitimation begruendet*”

379 L’interesse per il tema, fra l’altro, non è meramente estrinseco. In tempi passati e neanche eccessivamente remoti era infatti opinione diffusa quella secondo cui la determinazione dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza richiedesse a monte la risoluzione della atavica questione della natura della cosa giudicata. Sul punto si v. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 3: “Penso che la necessità di prender posizione, nell’indagine del problema, al quale il presente studio è consacrato, intorno al problema preliminare dell’indole della cosa giudicata, non venga contestata da alcuno: poiché non è agevolmente concepibile che si discuta dell’efficacia vincolativa dell’accertamento rispetto ai terzi, senza sapere che cosa in sé questa efficacia vincolativa precisamente sia. Tanto più quella necessità deve essere riconosciuta da chi ritenga – come io ritengo – che soluzioni divergenti del problema della cosa giudicata rispetto ai terzi non possono non discendere da una differente concezione della natura della cosa

ripercussioni che la stessa avrebbe esercitato sugli sviluppi del dibattito relativo all'istituto in esame.

Il tema evocato riguarda essenzialmente le modalità attraverso cui opera il vincolo portato dalla sentenza passata in cosa giudicata, e l'interesse suscitato, in questa sede, ha inevitabilmente una dimensione storico-comparativa che coprirà entrambi

Fino agli inizi del XX secolo era ancora diffusa nella cultura giuridica tedesca l'opinione – ereditata dal diritto romano³⁸⁰ e favorita dalla comprensione marcatamente sostanziale del diritto di azione e dell'oggetto del processo – secondo cui la pendenza del processo prima, e poi in progresso di tempo il giudicato avrebbe dovuto direttamente incidere sulla situazione giuridica sostanziale fatta valere e decisa in giudizio, producendo una modificazione dei rapporti correnti tra le parti. Nella prima metà del XIX secolo tale modificazione doveva essere ancora pensata come una diretta conseguenza della *litis contestatio*, la quale avrebbe consumato il diritto in sé stesso ovvero la sua perseguibilità in giudizio, impedendo in ogni caso la riproposizione della domanda ad opera del medesimo titolare ovvero del suo avente causa³⁸¹. In progresso di tempo tale virtù sarebbe stata collegata direttamente alla cosa giudicata³⁸² – e per essa all'*exceptio rei judicatae* intesa come eccezione di schietto diritto materiale – la quale avrebbe impresso alla *res in iudicium deducta* (ovvero al *materieller Anspruch*, ancora identificato con l'oggetto immediato del giudizio) una peculiare qualità³⁸³, che l'avrebbe contrassegnata – quale *res judicata* – anche in caso di trasferimento del

giudicata”. Benché, tuttavia, oggi l'interesse per l'argomento possa risultare per lo più recessivo rispetto al passato nella dottrina italiana – che, forse non senza ragione, preferisce risolvere per altra via le varie questioni che in passato si era soliti ricondurle – cionondimeno deve ritenersi che una sua, seppur liminare, trattazione risulti necessaria per un corretto intendimento dei termini in cui si agita la discussione intorno alla successione nel diritto controverso negli ordinamenti dei due paesi qui considerati.

380 Riferimenti

381 Si trattava della cd. *Konsumptionlehre*, prevalente per tutta la metà del XIX secolo (così almeno LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 147; nonché REISCHL, *Die objektive Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozess*, Tübingen, 2002, 54), il cui principale fautore è individuato in KELLER, *Ueber die Litis Contestation und Urteil nach classischem Roemischen Recht*, Zurich, 1927. Del resto, la stessa dottrina della cessione dei crediti elaborata dal MUEHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession*, cit., 38, si fondava proprio sull'effetto novativo conseguente alla *litiscontestatio* (sul punto si veda LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Koeln/Graz, 1966, 50). Diverso – secondo le fonti dell'epoca – sarebbe stato l'oggetto dell'effetto consuntivo. Secondo l'opinione più diffusa esso avrebbe riguardato direttamente lo stesso diritto materiale (così KELLER, *Ueber die Litis Contestation*, cit., 87; WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, 55 s.); altri lo riconducevano alla sua perseguibilità in giudizio (al *Klagrecht*): così, ancora in epoca avanzata, WETZEL, *System*, cit., 126, 571 ss., 576.

382 Si tratta delle cd. *Bindungslehre*, concezione prevalente nell'ultimo periodo di vigenza del diritto comune. Si vedano in proposito SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin, 1947, 261, 263, che definiva il giudicato come “*die Fiktion der Wahrheit, wodurch das rechtskraeftige Urteil gegen jeden kuenftigen Versuch der Anfechtung oder Entkraeftung gesichert wird [...] Es ist einleuchtend, dass mit dieser dem rechtskraeftigen Urteil beigelegten Fiktion der Wahrheit eine sehr starke Rueckwirkung der blossen Prozesshandlung auf die Rechte selbst verbunden ist*”. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 6. Aufl., Frankfurt am Main, 1887, 411 s.: “*Bedeutender als der Beginn des Prozesses wirkt die in dem Urtheil liegende Beendigung des Prozesses auf die Gestaltung des Rechtsverhaeltnisses der Parteien ein. Das Urtheil, wenn es rechtskraeftig geworden ist [...] bildet fortan die unverrueckbare Grundlage des Rechtsverhaeltnisses zwischen Klaeger und Beklagten*”. E ancora WINDSCHEID, *op. cit.*, 1887, 418: “*Das verurtheilende Urtheil giebt dem Klaeger einen neuen und selbstaendigen Grund, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen. Der Klaeger braucht auf das urspruengliche Rechtsverhaeltniss nicht mehr zurueckzugehen [...] Insofern kann man sagen, dass fuer den Klaeger durch das Urtheil ein neuer Anspruch begruendet werde*”. Ancora BUELOW, *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894, 1 ss., 2, affermava come “*das rechtskraeftige Urtheil [...] als privatrechtlich wirksame Thatsache steht es im Bereich der Privatrechtsormung, wie jeder fuer die Gestaltung der Privatrechtsverhaeltnisse massgebende Thatbestand*”.

383 BUELOW, *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894, 21 ss.; UNGER, *System des oesterreichischen allgemeinen Privatrecht*, II, 5. Aufl., Leipzig, 1892, 667, secondo il quale la *exceptio rei judicatae* è una “*exceptio rei cohaerentes, d.h. eine Einrede, die nicht durch die im Prozesse als Parteien*

diritto successivo alla definizione del giudizio³⁸⁴. Era, questa, quella che in progresso di tempo sarebbe stata conosciuta come la cd. teoria sostanziale del giudicato (*materiellrechtliche Rechtskraftstheorie*) che ancora per tutto il corso del XIX secolo, seppur con diverse formulazioni, poteva dirsi prevalente in Germania.

Ebbene, in costanza di una simile concezione della cosa giudicata, nelle dinamiche applicative dell'istituto in esame come elaborato dal diritto comune anteriormente al § 236 CPO, qualora il trasferimento del diritto non fosse stato dichiarato in giudizio – magari perché ignorato dalla controparte – e non si fosse di conseguenza fatto luogo al *Parteiwechsel* (soprattutto dunque in ipotesi di successione dal lato attivo), la sentenza sarebbe stata pienamente opponibile nel suo contenuto dispositivo non solo alle parti processuali, ma anche al cessionario estraneo al giudizio. Ciò nel senso che – in caso di successione dal lato attivo – la controparte soccombente sarebbe comunque stata tenuta ad adempiere nelle mani del cedente, il quale – a sua volta – sarebbe stato tenuto nei confronti del cessionario a rimmettergli quanto ottenuto in forza dell'adempimento in forza del rapporto di cessione³⁸⁵. D'altro lato il debitore sarebbe risultato tutelato da un'autonoma iniziativa giudiziaria – anche solo esecutiva – del cessionario, o perché l'azione connessa alla posizione di vantaggio si era definitivamente consumata (*Konsumtionslehre*), ovvero perché la titolarità di quel medesimo diritto era stata definitivamente riconosciuta con autorità di cosa giudicata in capo al cedente (*Bindungslehre*)³⁸⁶, di fatto “evincendolo” al proprio avente causa.

Era questa la nozione del giudicato posta ancora alla base della prima redazione della CPO del 1877³⁸⁷. Non stupisce, dunque, come – sulla base delle concezioni correnti in quel momento – il legislatore processuale unitario tedesco potesse concepire di approntare un

auf tretenden Personen bedingt ist, sondern die am Anspruche selbst haftet, gleichviel von wem oder gegen wen er geltend gemacht wird”.

384 Deve anzi segnalarsi, a riprova della stretta interconnessione dei rapporti tra diritto e processo come configurata dalla dottrina del tempo, che ancora alla metà del XIX secolo si riteneva che – in caso di trasferimento del diritto successivo alla definizione della lite – l'oggetto del trasferimento avrebbe riguardato non il diritto in sé come accertato dalla sentenza, ma la stessa *actio iudicati*. In tal senso WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl., Leipzig 1878, 599; MUEHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3. Aufl., Greifswald, 1936, 280 ss., il quale sottolineava la libera alienabilità del diritto ancorché il medesimo fosse oggetto di esecuzione.

385 Ciò si verificava sia nel caso di cessione non dichiarata nel corso del processo, sia nell'ipotesi di cessione anteriore alla pendenza della lite ma non notiziata al debitore. In tal senso WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, II, Stuttgart, 1842, 569, n. 74, secondo cui – in ogni caso di cessione anteriore alla sentenza – il cessionario avrebbe dovuto “nach den besonderen bei dem betreffenden Rechtsverhältnisse geltenden Grundsätzen [...] gegen sich das Urteil gelten lassen”; analogamente SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, II, *Das Obligationenrecht*, Leipzig, 1847, 809 ss., 818 ss. In proseguo di tempo si veda anche BAEHR, *Zur Zessionslehre*, in *Jher.Jb.*, 1875, 351 ss., 416, che arriva a parificare la condizione del debitore condannato a favore del cedente a quella del possessore nel giudizio di rivendica condannato a consegnare la cosa all'attore nonostante la sopravvenuta alienazione della stessa da parte di quest'ultimo; e dove si precisa come in tali casi “so kann es ihm [dem Schuldner] auch nicht schaden, wenn er der Klage des Cedenten eine Einrede aus der ihm noch unbekannten Cession nicht entgegensetzt. Allerdings dringt nun der Cedent mit seiner Klage durch; aber nicht mit grösserem Rechte [...] der Obsieg des Klägers in allen diesen Faellen beruht nicht auf einem wirklichen materiellen Rechte, sondern nur darauf, dass er processualisch [...] eine Klage zu erheben vermag, deren Ungrund darzulegen der Beklagte zufaellig ausser Stande ist; also nur auf einem processualischen Schein”. La tesi trova conferma, seppure in negativo, in *Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden* del 4 ottobre 1853, in *Seufferts Archiv*, 1959, 126, la quale – pur nel ribadire la vigenza del divieto di alienazione del credito controverso – afferma che contrasterebbe con i principi relativi alla cosa giudicata ammettere che un soggetto che non sia comparso in un processo possa acquistare diritti relativi ad una pretesa *sub iudice* senza contestuale cessione dell'*actio iudicati* (*Cession des judicatmaessigen Anspruchs*). I principi a cui la sentenza fa riferimento altro non sono che l'efficacia materiale di giudicato, in base alla teoria sostanziale. Nello stesso senso Mayer, *Ueber die rechtlichen*, cit., 324.

386 In tal senso anche LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 200 ss., 213, nonché gli autori citati alla nota precedente.

387 Lo dimostrerebbe tra l'altro il fatto che, al di là del § 293 e del 3. Abs. § 236 CPO, non si rinviene alcuna disposizione che disciplini l'ambito soggettivo dell'efficacia del giudicato, ed è quindi ipotizzabile che la materia risultasse ancora regolata dai principi generali in quel momento storico riconosciuti vigenti.

espediente – quello appunto sotteso al § 236 CPO – incentrato sulla tendenziale irrilevanza del trasferimento del diritto controverso all'interno del processo attraverso un fenomeno di fittizia equiparazione del trasferimento del diritto controverso ad una successione avvenuta *post litem*.

27. (segue) Il contestuale affermarsi teoria processuale del giudicato e della *Relevanztheorie*

In progresso di tempo la rivendicazione dell'autonomia dal diritto sostanziale degli studi processuali, nonché l'avocazione da parte di questi ultimi del compito di elaborare il proprio strumentario concettuale, non poteva non ripercuotersi anche sulla definizione corrente della cosa giudicata. Verso la fine del secolo si cominciò così ad abbandonare l'idea di una diretta incidenza di quest'ultima sulla situazione sostanziale sostantiva mentre la sua nozione – così come già era accaduto per la *Anspruch* – conosceva una trasposizione concettuale passando ad un piano di comprensione eminentemente processuale³⁸⁸. Il nuovo orientamento assunto dagli studi processuali all'inizio del XX secolo avrebbe inteso la cosa giudicata come un vincolo di indole meramente processuale imposto ad ogni futuro giudice, successivamente investito della medesima o di altra controversia dalla prima dipendente, a non giudicare difformemente o ad astenersi dal ridiscutere del diritto così come accertato nel primo processo (*Prozessuale Rechtskrafttheorie*). Quest'ultima è la tesi che ancora oggi può dirsi prevalente nella dottrina tedesca³⁸⁹.

E' proprio in questo torno di tempo che, contestualmente, si registra la convinta adesione del BGH e della dottrina maggioritaria alla teoria della rilevanza e, con essa, il primo affiorare della questione relativa al trattamento processuale da riservare alla cessione non dichiarata del credito in pendenza di giudizio. Si trattava di una diretta ripercussione dell'abbandono della originaria *Irrelevanztheorie* la quale – in via di fatto e fin tanto che si fosse applicata – provvedeva implicitamente a neutralizzare quel che costituisce ancora oggi un carattere generale della disciplina tedesca della *Forderungsabtretung* (cessione del credito): ovvero la mancanza di necessità che il debitore sia preventivamente informato della cessione perché questa spieghi pienamente la propria efficacia anche nei suoi confronti³⁹⁰. Della questione si è già fatta menzione nel primo capitolo del presente lavoro, e vi si ritornerà nel proseguo del presente allorché si tratterà del fondamentale significato che – in relazione alla disciplina dell'art. 111 c.p.c. – sembra doversi attribuire nell'ordinamento italiano alla disposizione contenuta nell'art. 1264 c.c.

388 Lent, 1 ss.; Hellwig, 7 ss.

389 A tale concezione della natura del giudicato hanno aderito in progresso di tempo, tra gli altri, Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin/Goettingen/Heidelber, 1963, 442; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., Muenchen, 2010, 870

390 Si è visto, infatti, come la disciplina della *Cessionslehre* tedesca non faccia dipendere l'efficacia del trasferimento del credito nei confronti del debitore dalla conoscenza che quest'ultimo ne abbia, come invece sembra imporre di ritenere l'art. 1264 c.c. italiano. Il § 407 I del BGB tutela infatti il creditore che abbia in buona fede (e dunque nell'ignoranza dell'avvenuta cessione) adempiuto direttamente al creditore cedente, ovvero abbia concluso con questi un diverso negozio di disposizione del credito (es. una transazione), prevedendone l'opponibilità al creditore cessionario. Di qui il problema di rinvenire un meccanismo di tutela del debitore ceduto che – spogliato dello scudo che gli apprestava la *Irrelevanztheorie* – avrebbe corso seriamente il rischio di vedersi esposto ad una duplice iniziativa processuale da parte di cedente e cessionario. Infatti, la cessione non dichiarata operata in corso di giudizio sarebbe stata pienamente efficace nei confronti del debitore ancorché questi non ne avesse avuto conoscenza e non fosse dunque stato in grado di eccepirla. La relativa questione sarebbe infatti stata definitivamente preclusa dal limite temporale di efficacia del giudicato (§ 767, 2. Abs., ZPO) con la conseguenza che il debitore – venuto a conoscenza in un momento successivo dell'avvenuta cessione – non avrebbe più potuto adempiere al cedente con efficacia liberatoria anche nei confronti del cessionario, mentre pagando a quest'ultimo sarebbe comunque stato esposto all'iniziativa esecutiva del cedente.

In questo contesto merita tuttavia di essere segnalata la diversa incidenza sulla posizione del successore lite pendente che, proprio in ossequio alla teoria processuale del giudicato, si sarebbe ritenuto di dover conferire alla sentenza emessa all'esito di un processo in cui la cessione non fosse stata allegata.

Si afferma infatti che l'effetto di accertamento in essa contenuto – sia in relazione all'esistenza obiettiva che alla titolarità soggettiva del diritto da parte del cedente – sarebbe stato senz'altro incontestabile per le parti del processo così come per il successore rimastovi estraneo; il che tuttavia non avrebbe dovuto impedire a quest'ultimo di procurarsi una copia esecutiva del provvedimento e di procedere autonomamente all'esecuzione contro il debitore, prevenendo in tal modo che il cedente, con la propria iniziativa esecutiva, lo privasse definitivamente della realizzazione del credito ceduto³⁹¹.

Ciò si sarebbe potuto sostenere in forza del principio – che si veniva contestualmente enucleando – secondo cui proprio la natura processuale del giudicato doveva in radice escludere che l'accertamento contenuto nella sentenza avrebbe potuto essere efficace anche nei rapporti interni tra cedente e cessionario. Di fatto, secondo questo insegnamento che sarebbe divenuto in progresso di tempo divenuto tradizionale ancorché non incontrastato³⁹², “quanto accertato nei confronti del dante causa doveva valere – corrispettivamente e nella medesima posizione – anche nei confronti dell'avente causa, non però nel rapporto tra quest'ultimo e il proprio antecessore”³⁹³.

Il nodo problematico evidenziato – appena sfiorato dalla dottrina italiana³⁹⁴ – può ritenersi effettivamente controverso, soprattutto in riferimento alla circostanza che una certa comprensione della natura del giudicato imponga l'adesione all'una piuttosto che all'altra ricostruzione. E dunque, da una parte, che l'adesione alla teoria sostanziale del giudicato implichi la necessità di ritenere che la sentenza ottenuta dal dante causa, nel giudizio proseguito in qualità di sostituto processuale del successore, sia destinata a conformare da un punto di vista sostanziale anche i loro rispettivi rapporti; ovvero che tale stringente necessità logica possa

391 Hellwig, Wesen, 164 s.

392 In precedenza avevano affermato la tesi contraria – secondo cui l'accertamento avrebbe coperto anche il rapporto tra dante causa e successore – espressamente riconducendola alla natura sostanziale del giudicato, WACH/LABAND, *Zur Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1899, 67 ss.: “Das Gesetz spricht, wie man sieht, ohne Unterscheidung zwischen Rechtsvorgaenger und Gegner. Nichts berechtigt uns, eine solche Unterscheidung zu machen; soweit zwischen Auktor und Successor der Bestand des den Gegenstand der Rechtsnachfolge bildenden Rechtsverhältnisses strittig werden kann, muss das vom Auktor erstrittene rechtskraeftige Urteil fuer den Successor massgebend sein. Dazu fuehrt auch die Logik. Es ist schlechterdings undenkbar, dass das rechtskraeftig festgestellte Recht nicht als solches auf den Rechtsnachfolger uebergehen sollte. Es hat im rechtskraeftigen Urteil zwar nicht seinen Entstehungsgrund im eigentlichen Sinne, aber doch einen unerschuetterlichen Bestaerkungsgrund, der denn auch einer selbstaendigen causa gleicherachtet werden darf”; Mendelsohn-Bartholdy, 355: “die Rechtskraftwirkung nicht nur zwischen dem Dritten und einer Partei [...] sondern zwischen dem Dritten und beiden Parteien eintritt”. In proseguo di tempo la stessa posizione – almeno in riferimento al giudicato formatosi sul rapporto tra dante causa e successore – sarà fatta propria da SCHOENKE, § 325, II, 2, in STEIN/JONAS, *Zivilprozessordnung*, 17 Aufl.; SCHUMANN/LEIPOLD, § 325, in STEIN/JONAS, *Zivilprozessordnung*, 19. Aufl., 1969, 1378, senza tuttavia specificamente motivare sul punto.

393 Hellwig, Wesen, 143: “Was fuer und gegen den Vorgaeger gilt, das gilt an seiner Stelle fuer und gegen den Nachfolger, nicht aber deshalb auch in dessen Verhaeltniss zu dem Vorgaenger. Es ist dem Nachfolger nicht verwehrt, gegenueber dem Vorgaenger zu leugnen, dass das fuer diesen festgestellte Recht ihm in Wirklichkeit zugestanden habe”. Pochi anni prima lo stesso principio era stato affermato da FISCHER, *Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, in *Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts*, 1898, 151 ss., in part. 174: “Es muss aber hinsichtlich der Erstreckung der Rechtskraft auf die Rechtsnachfolger vor einem Missverstaendniss gewarnt werden. Es handelt sich immer nur um das Verhaeltniss des Rechtsnachfolgers zum Gegner, nicht um das Verhaeltniss zwischen Rechtsnachfolger und Rechtsvorgaenger”.

394 De Marini

essere superata solo aderendo alla teoria processuale del giudicato³⁹⁵. Invero, sul punto non si sarebbe al momento in grado di esprimersi e l'interrogativo dovrà pertanto rimanere aperto.

Ma al di là di ciò, l'accento effettuato permette di evidenziare ancora una volta quello che risulta aver costituito nel corso del tempo – non solo in Germania ma anche, come si è visto, in Italia – un presupposto tacito dell'affermarsi della *Relevanztheorie*.

Si è infatti già avuto modo di constatare nel capitolo precedente come il passaggio a quest'ultima interpretazione rispetto alla originaria *Irrelevanztheorie* avrebbe indotto la giurisprudenza e gli interpreti che se ne facevano convinti assertori ad apportare decise "revisioni" al meccanismo di funzionamento dell'istituto in esame³⁹⁶. Il principale e fondamentale *leit motiv* di tali correzioni adeguatrici sarebbe stato quello di costringere interamente e senza residui il § 265 ZPO – e, in progresso di tempo, l'art. 111 c.p.c. – entro le più ristrette maglie della sostituzione processuale. E così – a ben vedere – sembra possibile rileggere anche tale ultima presa di posizione di una parte della dottrina tedesca (relativa appunto all'inefficacia dell'accertamento nei rapporti interni tra avente causa e successore) come la manifestazione di una delle tante direzioni in cui si sarebbe dovuta dirigere quella complessiva opera di revisione³⁹⁷.

In effetti, se si esaminano le classiche ipotesi di sostituzione processuale, balza immediatamente agli occhi un profilo che – in relazione al perimetro dell'accertamento ottenuto all'esito dei relativi processi – appare astrattamente idoneo a differenziarle dall'istituto della successione nel diritto controverso, e che potrebbe aver indotto ad operare la riferita correzione. Normalmente, infatti, la legittimazione del sostituto processuale si fonda sulla titolarità da parte sua di una situazione sostanziale – generalmente un rapporto giuridico che lo lega al sostituito – che non costituisce, a sua volta, l'oggetto proprio del giudizio da questi condotto, e dunque dell'accertamento contenuto nella emananda sentenza destinato a fare stato anche nei confronti del sostituito; ed è indicativo che nelle ipotesi in cui ciò rischi di avvenire³⁹⁸, il legislatore italiano imponga la necessaria partecipazione di quest'ultimo al processo quale litisconsorte necessario (es. art. 2900 c.c.).

Ora, l'illusione ultima della *Relevanztheorie* si fonda proprio su quest'assioma di fondo, di voler cioè far scomparire dalla ribalta processuale il dante causa – quale parte in causa per un proprio diritto – ormai interamente assorbito nel suo nuovo ruolo di sostituto processuale per un diritto oramai trasferito in capo all'avente causa³⁹⁹. Per essa, e per la riuscita dell'equiparazione dante causa = sostituto processuale, sarebbe risultato di vitale importanza che il giudicato

395 Così almeno sembrano ritenere gli autori da cui si dipartono le rispettive costuzioni. Wach, 67, fonda l'efficacia della sentenza nei rapporti tra dante causa e successore proprio sulla natura sostanziale del giudicato e, al risultato contrario – partendo dalla tesi processuale – giunge Hellwig, 142 giusto in critica alla tesi del Wach.

396 Così, riassuntivamente, può ricordarsi la necessità di modificare la domanda a seguito del trasferimento del diritto controverso, affermata da Hellwig e successivamente imposta dalla giurisprudenza del BGH; l'insegnamento – affermato per la prima volta da Eckard Meister – secondo cui solo con il venir meno della Sachlegitimation si sarebbe dovuto applicare l'istituto in esame; e – a seguire – sostenuta dal Bettermann secondo cui in tutte quelle ipotesi in cui fosse esclusa l'applicazione del § 265 ZPO, dovesse parimenti escludersi la soggezione dell'avente causa (ad esempio, in ipotesi di successione costitutiva) all'efficacia di accertamento ai sensi del § 325 ZPO.

397 Ciò emergerà con particolare evidenza in progresso di tempo, in corrispondenza con il tentativo intrapreso da Grunsky di estendere l'applicazione della Relevanztheorie anche alla successione in veratati dal lato passivo del rapporto processuale. Indicativo di tale tendenza è proprio la seguente attestazione di Grunsky che – come si è visto – avrebbe tentato di estendere l'applicazione della Relevanztheorie anche alla successione in veratati dal lato passivo del rapporto processuale: GRUNSKY, *Die Veraeusserung der streitbefangenen Sache*, 176 s.: "In beiden Beziehung unterscheidet sich der von § 265 geregelte Sachverhalt nicht grundlegend von anderen Beispielen einer Prozessstandschaft. Das Interesse des

398 Per effetto, per esempio, della contestazione della legittimazione straordinaria ad agire del sostituto ad opera della controparte convenuta.

399 Grunsky

imposto al successore dal § 325 ZPO (e dall'art. 111, 4° comma, c.p.c.) potesse essere ricondotto al medesimo perimetro oggettivo di un normale accertamento ottenuto dal sostituto processuale: dunque escludendo la formazione di qualunque giudicato in relazione al rapporto tra dante causa e successore.

Proprio quest'ultimo sarebbe stato il risultato, almeno tendenziale, dell'operare del principio – codificato sia in Germania che in Italia al § 256, 2. Abs. ZPO e all'art. 34 c.p.c. – per cui la cognizione dei rapporti e delle situazioni soggettive pregiudiziali (quale era divenuta oramai quella del dante causa a seguito del trasferimento del diritto controverso) rispetto a quella oggetto del processo (il diritto acquistato dal successore) è operata senza efficacia di giudicato e solamente *incidenter tantum*.

Tuttavia, la possibilità che venisse formulata domanda di accertamento incidentale, ovvero l'esistenza di fattispecie che necessariamente presuppongono l'accertamento – non meramente incidentale – della situazione giuridica del dante causa (si pensi alla rivendica o all'accertamento dei diritti reali, quando il convenuto oppone semplicemente il suo possesso o quando il diritto stesso sia in radice contestato⁴⁰⁰) avrebbero imposto di postulare un principio generale che escludesse a monte il formarsi del giudicato nei rapporti tra il successore e il proprio autore.

E proprio la teoria processuale del giudicato avrebbe prestato un buon argomento in proposito, provvedendo a rinsaldare quello che poteva apparire un punto debole della teoria della rilevanza.

Sezione III: *Actiones e res litigiosae*

28. Riepilogo e transizione

Nella sezione precedente si è ripercorso, da un punto di vista storico, lo sviluppo della sistemazione concettuale che l'istituto della successione nel diritto controverso avrebbe dovuto ricevere nell'ambito della più generale evoluzione delle categorie dogmatiche che si andava compiendo tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo. Quest'ultimo, infatti, può considerarsi il periodo storico nel quale si sono gettate le basi per la moderna comprensione della scienza del processo, soprattutto in riferimento al nuovo rapporto di autonomia e indipendenza che si veniva delineando con il diritto sostanziale⁴⁰¹.

I dati fin qui raccolti possono essere mantenuti fermi in quanto permettono in primo luogo di fotografare le implicazioni sistematiche che l'evolversi del quadro dogmatico di riferimento avrebbe esercitato sugli sviluppi della disciplina in esame, contribuendo a rendere la *Relevanztheorie* una chiave di lettura esaustiva e adeguata del meccanismo sotteso al § 265 ZPO.

In secondo luogo essi permettono di cogliere la sublimazione concettuale che avrebbe sperimentato la stessa contrapposizione tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie*. Quest'ultima, da puro espediente processuale volto a tutelare la parte estranea al trasferimento dagli inconvenienti derivanti dall'intervento in causa del successore⁴⁰², si sarebbe trasfigurata in una questione

400 Cfr. Satta, Commentario, II, 1, cit., 23: “nei diritti reali il fatto costitutivo si riduce sempre in ultima analisi ad uno solo, ed è l'usucapione, quando il diritto sia contestato o quando il convenuto oppone semplicemente il suo possesso (*possideo quia possideo*)”

401 Convenzionalmente si ritiene che la nascita della moderna scienza processualistica coincida con la pubblicazione dell'opera di WACH, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig, 1889 sull'azione di accertamento e, più in generale, sul diritto di azione, se non già con la monografia del del BÜLOW, *Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, 1868, sui presupposti processuali.

402 Il pregiudizio per la controparte sarebbe consistito, secondo le considerazioni del legislatore tedesco, nella sottrazione – con l'estromissione del dante causa – di una fonte di prova (giuramento), nella perdita delle garanzie di ristoro dalle spese processuali, nonché nella perdita di tempo che inevitabilmente avrebbe portato con sé l'avvicendamento processuale, soprattutto se ne fosse derivata ulteriore controversia in relazione all'obbligo o al

relativa all'individuazione dell'oggetto del giudizio proseguito a compagine soggettiva invariata.

Sul punto si ritornerà nel proseguo del presente lavoro.

In questa sede interessa piuttosto approfondire un altro e diverso aspetto del fenomeno indagato, che è stato possibile isolare nel corso della ricostruzione storica compiuta nel capitolo precedente.

In quella sede si era dato conto di come sin dalla prima metà del XIX secolo – ancor prima che si fosse definitivamente accantonato l'ingombrante fardello del divieto romanistico di alienazione dei diritti litigiosi – già emergesse dalle fonti una tendenza verso un trattamento differenziato del fenomeno della successione nel diritto controverso a seconda che questo si fosse verificato dal lato attivo ovvero dal lato passivo del rapporto processuale⁴⁰³.

Si era così potuto verificare che la distinzione tra cessione delle *actiones* e delle *res litigiosae* costituisse una tradizione risalente, elaborata per lo più in via dottrina e dalla prassi applicativa che la giurisprudenza ne dava, a cui si andava peraltro ispirando la legislazione positiva del *Laender* tedeschi nel corso del XIX secolo. Tale contrapposizione sarebbe stata sempre tenuta presente, quand'anche non avesse condotto a differenze applicative degne di particolare rilievo, perché diverse sarebbero state le esigenze di tutela sottese alle due ipotesi.

Così, in conseguenza del trasferimento del diritto controverso operato dall'attore, a prescindere dal fatto che la pretesa fatta valere avesse avuto consistenza reale od obbligatoria⁴⁰⁴, si sarebbe invero un trasferimento della stessa *actio litigiosa*, la cui immediata conseguenza sarebbe stata la necessità di garantire al successore il subentro (*Parteiwechsel*) nella posizione processuale attorea, fino ad allora occupata dal dante causa⁴⁰⁵. Solo in via residuale, nell'ipotesi in cui la vicenda successoria non fosse emersa nel corso del giudizio, avrebbe operato la regola dell'opponibilità all'avente causa rimasto estraneo al giudizio della sentenza ottenuta contro il convenuto, con le conseguenze che si sono poi viste⁴⁰⁶.

Al contrario, in ipotesi di trasferimento da parte del convenuto, l'esigenza di tutela da garantire all'attore sarebbe stata quella di assicurare che gli effetti della sentenza ottenuta nei confronti del dante causa – in particolare l'effetto di accertamento e quello esecutivo – fossero spendibili anche nei confronti del successore senza necessità di instaurare un secondo giudizio contro quest'ultimo⁴⁰⁷.

diritto di assumere la lite. Si è già visto come il meccanismo di tutela escogitato dal legislatore sarebbe stato quello della fittizia postergazione dell'atto di trasferimento alla conclusione del processo. Si rimanda al par

403 Ciò in particolare emerge nel regime processuale della successione nel diritto controverso (là dove ritenuta ammessa) elaborata nel diritto comune, nonché nel diritto prussiano. WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Stuttgart 1842, 528 ss., che mette espressamente in guardia dalla necessità di non confondere l'inefficacia dell'alienazione della *res litigiosa* ("der in Prozess befangenen Sache," 528) e quella dell'*actio litigiosa* (zum Prozess gebrachte Klage", 534)

404 WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Stuttgart, 1842, 534: "sei sie eine dingliche oder eine persoenliche"

405 WETZELL, *System*, cit., 45, secondo cui, tale forma di successione "ist freilich nicht selbst schon eine Succession in das Processverhaeltniss, aber sie involviert eine solche, da sie, wenn vor der Litis Contestatio erfolgt, mit dem verletzten Recht auch die aus demselben entsprungene Klage uebertragen haben wuerde, und folgeweise nach der Litis Contestation [...] denselben Effect bezueglich des an die Stelle des Klagrechts (actio) getretenen Processverhaeltnisses (judicium) aeussern muss".

406 Si rimanda, a tal proposito, al par. , dove si è visto

407 WETZELL, *System*, cit., 45: "der verklagte Besitzer, wenn er mit Wissen und Willen (dolo) den Besitz aufgibt, so angesehen wird, als fahre er fort zu besitzen. Die uebertragung des Besitzes kann daher die Succession in die Processrolle des Verklagten nicht nach sich ziehen, und dies will sagen, dass der Successor, wennschon ihm unverwehrt ist, als defensor fuer seinen Vorgaenger einzutreten, doch der citatio ad reassumendum nicht unterliegt". Ancora ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., II, 65 s.: "der, welcher waehrend eines Prozesses, von Mittheilung der Klage an den Beklagten an, die mit einer dinglichen, oder possessorischen, oder Theilungsklage oder mit einer actio

Di tale risalente tradizione sarebbe sopravvissuta solo la forma esteriore e più appariscente: la nomenclatura, recepita – pur nell’unitaria regolamentazione che se ne sarebbe voluta dare – nel § 265 ZPO, dove ancora se ne rinviene una eco nella distinzione, operata nel testo della disposizione, tra “*Veraeusserung der in Streit befangenen Sache*” e “*Abtretung des geltend gemachten Anspruchs*”⁴⁰⁸.

Nonostante la dottrina contemporanea tenda a ricondurvi una valenza meramente storico-teorica⁴⁰⁹, tuttavia non può a priori escludersi l’interesse per un’analisi approfondita circa il fondamento nonché l’origine dogmatica di tale classificazione.

29. L’origine e gli sviluppi dogmatici nella dottrina tedesca del fenomeno della cessione delle *actiones litigiosae*

Particolarmente complessa e densa di presupposti dogmatici si rivela la costruzione della categoria delle *actiones litigiosae*, alla cui unitaria disciplina la pandettistica tedesca – come si è visto – avrebbe voluto ricondurre ogni fenomeno successorio che si fosse inverteato dal lato attivo del rapporto processuale indipendentemente dalla natura, reale ovvero meramente obbligatoria, della situazione giuridica sostanziale fatta valere e trasferita nel corso del processo⁴¹⁰. Ed invero proprio tale circostanza costituisce una delle principali ragioni che spingono al presente approfondimento, in considerazione del fatto che – da quanto emerso con costanza nel corso della ricostruzione storica compiuta nel capitolo precedente – il criterio differenziale del trattamento processuale della successione nel diritto controverso è sembrato in realtà ruotare proprio intorno alla natura delle situazioni di vantaggio controverse⁴¹¹.

Le cennate difficoltà di approccio sono legate all’intersecarsi di una molteplicità di motivi e fattori dovuti principalmente alle peculiari concezioni, diffuse e sviluppate in seno alla pandettistica tedesca, non solo in riferimento ai rapporti – più sopra esaminati – tra diritto e processo, ma anche alla costruzione dogmatica del diritto reale.

Così, nell’ambito della configurazione allora dominante dei rapporti tra diritto e azione – secondo cui quest’ultima non era che un aspetto o una metamorfosi del medesimo diritto sostanziale⁴¹² – si riteneva che la lesione di un diritto reale avrebbe determinato la costituzione di un nuovo rapporto giuridico tra il titolare di quest’ultimo e l’autore della violazione, al quale

in rem scripta in Anspruch genommene Sache von dem Beklagten auf irgend eine Weise erwirkt, ganz an die Stelle des urspruenglichen Beklagten tritt, also an die Rechtskraft des gegen Diesen ergangenen Urtheiles gebunden ist, ebenso wie ihm daraus die exceptio rei judicatae erworben wird, dass sofort ohne neuen Prozess, die Execution gegen ihn eingeleitet werden kann und ihm nur die ueberhaupt in der Executionsinstanz zulaessigen Einrede noch zustehen, einerlei uebrigens, ob er vom del Prozesse Kenntniss hatte oder nicht

408 Cfr. al riguardo MEISTER, *Die Veraeusserung*, cit., 16 s.: “*Andererseits ist der Terminus nicht neu durch die ZPO eingefuehrt, sondern nur eine Uebersetzung der res litigiosa des roemischen und gemeinen Rechts*”; nonché BRILL, *Die Relevanztheorie und Irrelevanztheorie!*, Magdeburg, 1930, 2, nt. 3, 4: “*Die ZPO spricht von einer ‘in Streit befangenen Sache’ und ‘dem geltend gemachten Anspruch’. Diese Termini sind die Uebersetzung der res litigiosa und actio litigiosa des roemischen und gemeinen Rechtes*”.

409

410 Cfr., tra tutti, WÄCHTER, *Handbuch*, cit., 534, che accomuna *dingliche* e *persoenliche Klagen* nella categoria dell’*actio litigiosa*

411 Non sembra inutile riepilogare i dati che avevano contribuito ad instradare su tale direzione di ricerca. In primo luogo, la (radicalmente) diversa disciplina francese della successione nel diritto controverso si diversifica proprio in ragione della situazione giuridica sostanziale trasferita in pendenza di lite (si veda par.); la Relevanztheorie è stata formulata per la prima volta nell’ambito dell’insegnamento relativo alla Cessionslehre; l’affermarsi della medesima nella giurisprudenza del BGH sarebbe avvenuta in relazione a fattispecie relative a cessione dei crediti; le motivazioni prevalentemente addotte dagli autori per sostenere tale tesi derivano da esempi tratti da tali fattispecie; al contrario, i sostenitori della teoria della irrilevanza sarebbero state tratte dall’ambito del diritto reale; teoria della rilevanza e della irrilevanza es

412 Par. 21

sarebbero stati ricondotti – con diversità di accenti e sfumature – i caratteri di un vero e proprio rapporto obbligatorio (*obligatio*)⁴¹³. In tal modo, se si pone mente alla circostanza che il processo di condanna rappresentava, ancora a quell'epoca, l'unica forma di tutela conosciuta e il paradigma generale dei rapporti tra diritto e azione, l'obbligazione costituiva l'immane elemento mediatore tra diritto e processo.

Al contrario, la diversa natura, reale od personale, della situazione soggettiva preesistente avrebbe dovuto meramente incidere sul nesso genetico individuato tra *actio* e *obligatio*⁴¹⁴. Così, mentre per i diritti di credito il rapporto obbligatorio sarebbe stato preesistente al sorgere della controversia⁴¹⁵, per i diritti reali invece la trasposizione nel processo sarebbe stata – per così dire – mediata: l'obbligazione sarebbe sorta solo al momento della *litis contestatio*⁴¹⁶.

Era questa l'impostazione dogmatica che avrebbe permesso alla dottrina tedesca del XIX secolo di equiparare situazioni di vantaggio di diversa consistenza – reale ed obbligatoria – una volta che queste fossero state dedotte nel processo e di accomunarle nella comune categoria delle *actiones litigiosae*. Infatti, il trasferimento del diritto fatto valere in giudizio dall'attore – ancorché si fosse trattato di un diritto reale – avrebbe sempre contestualmente implicato una successione nel rapporto obbligatorio (*obligatio*) e – come si è visto anche – nell'*actio* che dal primo aveva avuto origine (*Parteiwechsel*)⁴¹⁷.

In progresso di tempo tale costruzione concettuale sarebbe stata, almeno formalmente, abbandonata dalla dottrina tedesca, la quale avrebbe preferito servirsi della nozione di *Anspruch* elaborata dal Windscheid per designare, nei termini di pretese reali (*dingliche Ansprueche*), quelle situazioni giuridiche secondarie aventi ad oggetto il compimento di prestazioni

413 Si tratta di un insegnamento ampiamente diffuso e attestato dalle fonti di cui si è reso portavoce lo stesso SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin 1841, 5, che parla della pretesa del titolare del diritto reale di natura simile all'obbligazione; MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3. Aufl., Greifswald 1836, 19; WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Stuttgart 1842, 298 ss.; 419 ss.; SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, II, *Das Obligationenrecht*, Leipzig 1847, 808. Ancora PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, I, 4. Aufl., Leipzig 1854, 184, secondo cui “das Prozessverhaeltniss zwischen den Parteien immer einen der Obligation aehnlich Charakter hat”; Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 11. Aufl., Stuttgart, 1883, 151, 154.

414 SAVIGNY, *System*, cit., 16: “Es kommt darauf an, ob vor dem vollstaendig eingeleiteten Rechtsstreit (vor der Litiscontestatio) eine eigentliche Obligation wahrgenommen wird oder nicht; im ersten Fall ist die Klage in personam, in zweitem in rem”.

415 SAVIGNY, *System*, cit., 16 s., il quale a sua volta distingue a seconda che l'obbligazione avesse origine da una fonte contrattuale o meno: “So ist zwar bei den Contractsklagen eine Obligation nicht nur vor der Litiscontestatio, sondern selbst vor der Verletzung, vorhanden, dagegen, bei den Delictsklagen vor der Verletzung noch nicht, weil hier die Verletzung mit der Entstehung der Obligation zusammenfaellt: und doch sind diese beide Arten von Klagen personales”.

416 SAVIGNY, *System*, VI, cit., 17.: “Bei dem Eigenthum dagegen erzeugt die blosse Verletzung an sich schon ein obligationsaehnliches Verhaeltniss, aber keine wahre Obligation, welche vielmehr erst durch die Litiscontestatio entsteht: daher ist die Eigenthumsklage in rem”. La lesione dei diritti reali avrebbe cioè avuto, in prima battuta, l'effetto di fondare un nuovo rapporto di natura personale tra il titolare del diritto e l'autore della violazione; rapporto che, dovendo esprimere la direzione personale in cui oramai il diritto si rivolgeva, avrebbe tuttavia ancora avuto un carattere meramente simile all'obbligazione (*obligationsaehnliches Verhaeltniss*). Proprio dal nesso genetico tra *actio* e *obligatio* il Savigny avrebbe voluto fondare la distinzione tra *actiones in rem* e *actiones in personam*.

417 Diversa sarebbe stata la questione relativa alla possibilità di cedere unicamente la pretesa fatta valere indipendentemente dal diritto sostanziale che l'aveva originata. Che non si trattasse di una fittizia costruzione concettuale, ma dell'operare di una vera e propria modificazione interna – quasi ontologica – che avrebbe subito ogni diritto reale sulle soglie del processo, è comprovato dai numerosi passi che – dopo aver sussunto obbligazioni e azioni nell'unitaria categoria dei diritti di credito (*Forderungsrecht*), ne ammettevano la cedibilità, indistintamente dal fatto che la causa petendi fosse da individuare nella lesione di un diritto reale.

strumentali volte a garantire l'indisturbato godimento del diritto di proprietà da parte del suo titolare⁴¹⁸.

Al contrario, in Italia, rifiutata in generale l'adozione della nozione tedesca di *Anspruch*, l'insegnamento elaborato dalla pandettistica si sarebbe perpetrato sotto l'autorità di Chiovenda, il quale – pur senza far riferimento alla matrice germanica del proprio insegnamento⁴¹⁹ – avrebbe continuato a scorgere una obbligazione nell'oggetto dei giudizi di condanna promossi a tutela di un diritto reale. Quest'ultima tuttavia sarebbe stata intesa dal Maestro in senso atecnico, come pretesa al compimento da parte del convenuto di una prestazione, “perché ogni diritto, assoluto o relativo, tendente a una prestazione si presenta come obbligazione nel momento del processo”⁴²⁰. Di qui, la asseverazione, ancora oggi diffusa in una parte della dottrina italiana, per cui dalla violazione di un diritto reale sorge, a favore del titolare, un diritto di credito alla restituzione della cosa, il quale costituirebbe l'oggetto proprio del processo di rivendica⁴²¹.

Ora, non è sicuramente questa la sede per affrontare *ex professo* il tema da ultimo evocato. Tuttavia non sembra senza interesse, anche a tale riguardo, riferire le argomentazioni che gli interpreti della pandettistica tedesca adducevano per giustificare il loro convincimento circa l'attitudine del diritto reale a convertirsi in obbligazione una volta calato nel processo.

Ebbene dagli scritti degli autori che se ne sono occupati, emerge con insistenza il tentativo di accreditare l'idea che tale costruzione derivasse direttamente dal diritto romano, e che in tal senso deponessero le allusioni – che si rinvenivano nelle fonti antiche, sedimentate

418 Nella successiva dottrina tedesca, infatti, con l'affermarsi della teorica del Windscheid e il suo recepimento nel § 194 BGB, si ripete ancora oggi che nel processo di condanna viene fatta valere una *Anspruch* ad un'azione od omissione.

419 Invero CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 21 e 16; ID., *Principi*, cit., 34 s., non cita né fa riferimento ad alcun precedente nel presentare il proprio insegnamento. Ma sembra difficile pensare che l'allievo di Vittorio Scialoja nonché l'autore a cui più di ogni altro si deve l'importazione presso la dottrina italiana dell'approccio sistematico tedesco, non conoscesse un insegnamento tanto diffuso presso la pandettistica.

420 Così CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 21 e 16, ove si legge che “quando si fa valere il diritto nascente dalla lesione, si deduce in giudizio anche il diritto leso, ma non come oggetto immediato d'accertamento e d'attuazione, sì bene come presupposto del diritto fatto valere”; si veda lo stesso concetto espresso in CHIOVENDA, *Principi*, cit., 34 s.

421 Ravvisano nell'oggetto del processo di rivendica un rapporto obbligatorio costituito dall'obbligo di restituzione: BUTERA, *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano, 1911; Allorio, L'ordinamento; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, 84 ss., 92 ss., 122 ss.; Garbagnati, *Azione e interesse*, 334 s.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, 351, nt. 27; Cavallini, L'oggetto, 67, 139 ss.; Grasso, *Note*, 353, 357 s.; Romano, *L'azione*, 221 ss.; PROZILLO, *Note sulle azioni in tema di limiti legali della proprietà*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1961, 1526 ss.; MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, 2^a ed., Napoli, 1965, 82 s.; Recchioni, *Pregiudizialità*, 197 ss., in part., 202; Verde, *Diritto*, I, 141.

nelle formule del “*condemnari oportere*” o del “*judicium contrahitur*”⁴²² – all’obbligazione giudiziale di cui sarebbe stata fonte la stessa *litis contestatio*⁴²³.

In ogni caso, il risultato univoco di tale impostazione sarebbe stato quello di recepire anche nella dogmatica moderna un intimo e profondo nesso tra azione ed obbligazione, ad instar di quello che si riteneva, sulla base delle fonti romane, corresse anticamente tra *actio* e *obligatio*⁴²⁴.

E’ sicuramente lecito ritenere che la necessità di ricorrere a tale espediente ricostruttivo sorgesse in primo luogo dalla difficoltà di rinvenire un modello esplicativo congeniale per spiegare la relativizzazione che i diritti reali avrebbero ricevuto nel processo. Si sarebbe così creduto di poter rinvenire uno strumento teorico utile a tal fine nell’impiegare la nozione di rapporto obbligatorio come elemento di mediazione tra diritto reale e processo⁴²⁵.

422 Si veda, ad esempio, SAVIGNY, *System*, VI, cit., 23, il quale dopo aver ricordato “*dass jedes Klagrecht, ohne Unterschied des Rechts welches ihm zum Grunde liegt, die Natur einer Obligation mit sich fuehrt*”, afferma espressamente essere la *litis contestatio* “*diejenige Prozesshandlung [...] wodurch diese Obligation ein wirkliches Dasein und zugleich eine bestimmte Gestalt erhaellt*”. BUCHKA, *Die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß*, 2. Bd., Rostock, 1847, 147 s., riconduce alla obbligazione sorta dalla *litis contestatio* il significato – insito nella formula Gajana dell’*obligatio condemnari oportere* – “*dass der Beklagte verpflichtet wird, sich auf die Grundlage der Litiscontestatio ihn verurtheilen zu lassen*”. In tal senso sembra anche doversi interpretare un passaggio del MÜHLENBRUCH, *Die Lehre*, cit., 19, nt. 27, ove l’autore, nel ricordare il fondamento obbligatorio (*obligatorisches Fundament*) che ogni azione avrebbe ricevuto per effetto della proposizione della domanda giudiziale, a prescindere dalla ragione sottostante, fa espressamente riferimento alla formula “*judicio contrahitur*”; MÜHLENBRUCH, *Die Lehre*, cit., 19, “*bekanntlich erhielt jede actio, aus welchem Grunde sie auch entspringen mochte, bei ihrer Einleitung noch ein besonderes obligatorisches Fundament [...] Die Form, wodurch diese Prozessobligation vermittelt wurde, so wie einzelne davon abhaengige Wirkungen, hingen allerdings mit gewissen Eigentümlichkeiten des altöemischen Rechtsganges zusammen*”.

423 Particolarmente evidente appare lo sforzo di argomentazione profuso dal SAVIGNY, *System*, VI, cit., 26, che rinviene la fonte di tale obbligazione – in cui credeva si fosse trasfigurato il diritto reale calato nel processo – in un passo di Gaio [4.89.: “*igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est te ideo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis*”] in cui si accenna all’obbligazione giudiziale di garanzia assunta mediante una *sponsio* dal convenuto-possessore nel giudizio formulare di rivendica (*agere per sponsionem*) al momento della *litis contestatio*. Con essa “le parti si promettevano scambievolmente una somma di denaro, per il caso che l’avversario dimostrasse di essere proprietario della cosa, e su queste promesse, allo stesso modo del sacramentum, si contestava la lite” (così ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 217; cfr anche TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 444). Ebbene, l’opinione oggi maggiormente accreditata in dottrina ritiene che l’*agere in rem per sponsionem* maturò proprio allo scopo di consentire la cognizione delle pretese reali nella forma propria di quelle obbligatorie al fine ultimo di giovare del più agile regime processuale della *legis actio in personam*. Al riguardo, si vedano in dottrina il fondamentale studio di BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 591 ss, in part. 614, 628; MOZZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli 1960, 43 ss.; nonché da ultimo GULINA, *Contributo allo studio della satisfatio pro praede litis et vindictiarum*, in *Annali del seminario giuridico dell’università degli studi di Palermo*, 2013, 73, nt. 15. In definitiva sembrerebbe che il Savigny abbia involontariamente conferito dignità di teoria generale a quello che era stato un mero espediente del processo formulare romano, attraverso il quale la situazione reale veniva di fatto introdotta in un giudizio *in personam*, quale presupposto di una obbligazione di garanzia che al giudizio sulla titolarità della cosa era stata, fittiziamente condizionata. Il punto, non lo si può negare, meriterebbe un approfondimento maggiore di quanto la destinazione del presente studio purtroppo consenta.

424 Così BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit., 64

425 A tale risultato la pandettistica tedesca del XIX secolo sarebbe stata del resto indotta dalla interscambiabilità con la quale le fonti romane sembravano presentare i concetti di azione ed obbligazione. Si tratta, invero, di un luogo comune a buona parte della tradizione giuridica anche precedente. Sul punto, si veda la polemica, ricordata da ORESTANO, *voce Azione*, cit., 793, sorta in pieno medioevo tra Piacentino, che identificava obbligazione e azione, e Azzone, che al contrario considerava l’obbligazione quale *mater actionis*. Ancora MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, 3. Bd., Bruxelles, 1838, 84; ID., *Die Lehre*, cit., 18: è portato a pensare ad una sorta di “prossimità e di somiglianza tra i due concetti”.

A ciò si aggiunga come la riconduzione del diritto reale alla nozione fondamentale del rapporto giuridico era diretta conseguenza della configurazione che di tali situazioni di vantaggio si andava diffondendo nella dottrina a partire dalla prima metà del XIX secolo⁴²⁶.

30. ...e delle *res litigiosae*

In riferimento alla categoria dogmatica delle *res litigiosae*, occorrerà prendere le mosse da quella parte della dottrina tedesca di diritto comune che, ancor prima della entrata in vigore della *Civilprozessordnung*, avrebbe ritenuto non più operativo – perché mai recepito ovvero perché caduto in desuetudine – l’antico *Veraeusserungsverbot*⁴²⁷.

In tale immutato quadro normativo – ma anche successivamente, con l’adozione della ordinanza processuale tedesca – il primo ed immediato espediente che si offriva agli interpreti dell’epoca per individuare quando una *res* si sarebbe dovuta definire *litigiosa* ai fini della nuova disciplina processuale sarebbe stata quella di ricorrere alla nozione che si era venuta enucleando proprio in riferimento all’applicazione del divieto romanistico. L’unica differenza di rilievo – peraltro prettamente teorica – sarebbe stata quella per cui, ciò che prima veniva disciplinato come un’ipotesi di nullità sostanziale del negozio di trasferimento in corso di causa, si sarebbe convertito automaticamente nella regolamentazione dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza emessa nel giudizio in corso del quale si era verificata la vicenda successoria⁴²⁸.

Ora, per i giuristi dell’epoca, in un sistema ancora improntato alla tendenziale convergenza di diritto sostanziale e processuale in quel peculiare abito mentale costituito dall’*Aktionenrechtliches Denken*, il problema interpretativo di fondo si traduceva nell’individuazione delle azioni avrebbero reso controversa (“*in Streit befangene*”) la cosa. Di qui la elencazione delle azioni, per lo più di natura reale, che tale regime avrebbero giustificato, con un certo margine di indeterminatezza che variava da autore ad autore⁴²⁹.

426 Le ricerche storiografiche condotte in subjecta materia (si veda COMPORTI, *Contributo*, cit., 5 ss., in part. 13) hanno infatti evidenziato come proprio nel corso del XIX secolo si stesse producendo nella dottrina europea una radicale modificazione nella concezione tradizionale cd. “classica” dei diritti reali, per la quale questi ultimi risultavano definiti sotto il profilo contenutistico come relazione diretta ed immediata intercorrente tra il titolare e la cosa. Il diffondersi di correnti di pensiero radicate nel formalismo e nel positivismo giuridico (si veda sul punto COMPORTI, *Contributo*, cit., 16 ss.; CESARINI-SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 671 ss., in part. 680 ss.), avrebbe invece portato a svalutare il lato interno del diritto reale, ridotto “a substrato economico, mera espressione figurata od immagine, licere non qualificato sotto l’aspetto giuridico” (COMPORTI, *Contributo*, cit., 15 s. Cfr. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. di Levi, Padova, 1951, 158: “Poiché il godimento d’un bene non è di per sé né un ‘diritto’ né il ‘contenuto’ o l’esercizio dello stesso”). Al contrario, l’imporsi della concezione imperativistica del diritto ne avrebbe esaltato il profilo esterno e di relazione, a somiglianza dei diritti di credito. Il criterio di qualificazione fondamentale della dogmatica giuridica non sarebbe stata più la figura del diritto soggettivo, ma quella del rapporto giuridico, per cui anche il contenuto del diritto reale si sarebbe conformato a tale nuova configurazione, connotandosi in negativo come la pretesa del suo titolare rivolta agli altri consociati a non ingerirsi nel proprio godimento del bene.

427

428 ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., II, 54: “Sodann nahm ganz allgemein gegen die sonstige Regel, dass *res inter alios acta tertio non nocet*, an: die Vollstreckung des gegen den urspruenglich besitzenden Beklagten ergangenen Erkenntnisses koenne ohne weiteren Prozess unmittelbar gegen die, welche ihre Rechte und den Besitz von dem Beklagten ableiteten, vorgenommen werden [...] Nun ging man in der Praxis noch einen Schritt weiter und nahm an, dass die *Veraeusserung* einer *res litigiosa* durchaus gestattet sein, jedoch ohne *Beeintraehtigung* des etwa im Lauf des Prozesses siegenden *Klaegers*. Es hing also Alles von dem Ausgange des Prozesses ab [...] Die Nichtigkeit der *Veraeusserung* war danach eine leere, sie muesste unter den beiden Kontrahenten offenbar als eine gueltige erscheinen und konnte nur in ihren Wirkungen den dritten, bereits gegen den *Veraeusserer* aufgetretenen *Klaeger* nicht binden”.

429 Da WÄCHTER, *Handbuch*, cit., 529, nt. 31, siamo informati del fatto che, secondo alcuni autori suoi contemporanei, solo la rivendica avrebbe innescato l’applicazione del divieto di alienazione della *res litigiosa*, mentre l’autore appare orientato a ricomprendervi anche l’*actio publiciana*. la *petitio hereditatis* nonché le altre azioni a tutela di un diritto reale su cosa altrui (enfiteusi, superficie, usufrutto, etcetera). Viene fatto inoltre riferimento ad altri

Infatti, la nuova funzionalità dell'istituto – non più destinato ad escludere dal traffico giuridico interi cespiti patrimoniali ma a garantire la giustizia e l'effettività della tutela giurisdizionale – avrebbe consigliato ad alcuni interpreti di estendere la relativa disciplina anche al di là dell'ambito di applicazione del *Veraeusserungsverbot*⁴³⁰. Così, accanto alle classiche azioni reali⁴³¹, si arrivò a sostenere che anche quelle personali avrebbero potuto partecipare al nuovo regime delle *res litigiosae*, a patto che la loro alienazione fosse stata compiuta allo scopo di pregiudicare la controparte e che l'acquirente fosse stato in mala fede⁴³².

Tuttavia, anche tra gli interpreti che si atterranno ad una interpretazione più ortodossa della disciplina in commento, se si supera quell'esprimersi per azioni tanto usuale per la dottrina del tempo, emerge con evidenza come la tendenziale limitazione alle sole azioni reali della virtù di rendere controversa la cosa discendeva non tanto (o almeno non solo) da una qualità intrinseca di tali azioni, quanto soprattutto dalla natura della situazione di vantaggio – appunto reale – che l'attore avrebbe potuto astrattamente vantare sul bene oggetto della pretesa⁴³³. Il problema in definitiva risultava risiedere in quello che oggi definiremmo il diritto sostanziale, piuttosto che in quello processuale.

Così, per attenersi ad un esempio di intuitiva comprensione, in un ordinamento che distingueva (ed ancora oggi distingue) nettamente tra *titulus* (il negozio meramente obbligatorio di compravendita) e *modus acquirendi* (il negozio traslativo della proprietà), l'azione contrattuale dell'acquirente per ottenere la consegna e il trasferimento della proprietà della *res* non avrebbe reso quest'ultima controversa proprio perché ancora non ne era ancora divenuto proprietario. Tale infatti risultava ancora essere l'alienante, che restava pertanto legittimato, secondo le norme di diritto sostanziale, a disporre nuovamente della cosa con piena efficacia anche nei confronti del primo acquirente, salvo rendersi nei confronti di quest'ultimo inadempiente⁴³⁴.

Sembra dunque potersi dire che la nozione della *Litigiositaet der Sache* ai fini dell'applicazione dell'istituto della successione nel diritto controverso dal lato passivo appariva precisata e definita ben prima che, con la *Civilprozessordnung*, si pervenisse alla stesura della compiuta disciplina della *Veraeussierung der in Streit befangenen Sache*. Ed essa sarebbe stata ricavata – sulle orme della del *Veraeusserungsverbot* – a partire dalle norme di diritto

autori che avrebbero inteso estendere il concetto di litigiosità delle cose anche ad altre azioni. Si veda di seguito nel testo.

430 ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., II, 59: “Durch diese Umgestaltung der ganzen Lehre [muss] der Begriff der *res litigiosa* jetzt ein erweiterter sein”

431 Tra cui venivano fatte figurare, oltre alla rivendica e alle classiche azioni reali, le azioni possessorie, le azioni *in rem scriptae* e l'*actio confessoria servitutis*. Si veda al riguardo l'elencazione dello ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., II, 59

432 ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot*, cit., II, 61 s.: “Bei den persoelichen Klagen [...] darf der Beklagte daher die demnaechstige Execution nicht vereiteln und dadurch die Rechtskraft des gegen ihn ergangenen Erkenntnisses laehmen, wenn er sich ausser Stand befindet, deshalb dem Klaeger Entschaeidung zu leisten. Weiss der Erwerber von diesem Verhaeltnisses, dann nimmt er an der fraus der Veraeusserer Theil und muss die unter solchen Umstaenden erhaltene Sache restituiren”. In proseguo l'A. citerà quali esempi applicativi la *condictio furtiva*, l'*actio commodati* e *mandati*, nonché l'*actio empti*.

433 Ciò che, del resto, corrispondeva anche da un punto di vista storico alla progressiva elaborazione dogmatica del concetto di *ius in re* per opera dei Glossatori e dei Commentatori nel medioevo.

434 HARTTER, *Ueber Veraeussierung*, cit., 421: “Das dare, facere oportere, welches die actio in personam bezieht, ist eine Vermoegenslast des Schuldners. Der Gegenstand der Leistung kommt aber erst durch das dare in das Eigenthum des Berechtigten. Vorher ist er ihm nicht persoelich, so dass er ihn als suum vindicieren koennte, wo er ihn antrifft. Daher ist auch der unvertretbare Gegenstand, welcher in Folge einer obligatio gegeben werden soll, nach der Einklage keine *res litigiosa* [...] Es hat aber der Kaeufer lediglich ein persoeliches Forderungsrecht an den Verkaeuffer, welcher ungeachtet des Verkaufes bis zur Tradition Eigenthuemmer bleibt”.

sostanziale che regolavano le diverse situazioni di vantaggio sulle cose nonché il relativo trasferimento.

Sul punto si ritornerà con maggior approfondimento nel prossimo capitolo. Quel che preme invece ora rilevare è come la disciplina così elaborata sarebbe dovuta naturalmente confluire nelle prime interpretazioni ispirate alla *Irrelevanztheorie* dell'istituto che oramai aveva trovato compiuta regolamentazione nell'ordinanza processuale tedesca⁴³⁵.

In progresso di tempo, il tema della *Streitbefangenheit der Sache* sarebbe rimasto inestricabilmente legato alla nozione di *Sachlegitimation* che si era venuta enucleando agli inizi del XX secolo. L'occasione sarebbe stata offerta proprio da quella dottrina che intorno alla nozione della "*Verlust der Sachlegitimation*" aveva ricostruito il regime operativo del § 265 ZPO⁴³⁶. Si è visto infatti come, per un singolare fenomeno di traslazione dei concetti, quest'ultima nozione sarebbe sopravvissuta in un'accezione prettamente sostanziale, volta a significare la titolarità sul bene controverso. Ne deriva che nell'ordinamento tedesco, per pacifica ammissione, la questione relativa al carattere controverso di un diritto implica la risoluzione di una questione di diritto sostanziale, del tutto estranea alla individuazione dell'oggetto del giudizio⁴³⁷.

31. Considerazioni a margine del diverso trattamento riscontrato nella disciplina della successione nel diritto controverso in Francia e in Germania

Si impongono, a questo punto, alcune considerazioni in merito ai risultati che l'indagine storico-comparata ha permesso di raggiungere.

Nella Germania di diritto comune la possibilità di definire – peraltro in via prettamente teorica – un unitario regime della cessione delle *actiones litigiosae* era fatta dipendere dalla particolare configurazione dogmatica che i diritti reali avrebbero ricevuto nella pandettistica tedesca a partire dal XIX secolo: il diritto reale, una volta calato nel processo, si sarebbe disarticolato in un vero e proprio rapporto obbligatorio, e in quanto tale ne avrebbe seguito la disciplina, finanche in punto di trasferimento in corso di causa ad opera dell'attore⁴³⁸.

435 In ciò trova dunque giustificazione il giudizio storico secondo cui "Il divieto di alienazione della res litigiosa, operante in diritto romano (Gai IV, 117 a) non s'è, in realtà, mai spento. Si sarebbe tentati di dire ch'esso è solamente divenuto, da assoluto, relativo": cfr. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 167.

436 Come si è visto tale stringente collegamento sarebbe stato instaurato da MEISTER, *Die Verausserung*, cit., 16 ss., il quale offre una preziosa conferma della natura sostanziale delle problematiche relative alla individuazione della *Streitbefangenheit der Sache* allorché afferma: "*Was die in Streit befangene Sache begrifflich bedeutet, muss demnach aus dem Prozessrecht entnommen werden. Wann aber, d.h. bei welchen im Prozess streitigen Rechten und Ansprüchen eine Sache streitbefangen wird im Gegensatz zu den auch im Prozess geforderten, aber nicht litigiosen, das ist eine Frage, die lediglich aus dem materiellem Recht beantwortet werden kann und muss*".

437 E proprio in tal senso viene intesa la nozione di *Sachlegitimation* quando la dottrina tedesca, per individuare la *streitbefangene Sache*, afferma che essa è data "*wenn auf rechtlicher Beziehung zu ihr die Sachlegitimation des Klägers oder des Beklagten beruht*". Non v'è dunque nessuna connotazione processuale in tale nozione.

438 Così è indicativo che MÜHLENBRUCH, *Die Lehre*, cit., 16, equiparasse obbligazioni e azioni sotto la definizione di diritti di credito (*Forderungsrechte*): "*Dem dominium pflegt die obligatio entgegengesetzt zu werden. Damit indessen dieser Gegensatz vollstaendig erscheine, muss hinzugefügt oder hinzugedacht werden: et actio. Beides zusammengenommen wird sehr gut durch unser: Forderungsrecht bezeichnet. Jede Forderung nun setzt eine zwischen bestimmten Personen stattfindende Beziehung voraus, sie mag in einer obligatio oder in einem absoluten Recht ihren Grund haben*". Tale equiparazione giungeva fino al punto di affermare MÜHLENBRUCH, *Die Lehre*, cit., 245, s. "*nur Forderung in der eigentlichen Bedeutung, diese aber im vollen Sinne des Worts, d.h. sowohl mit Einschluss der dinglichen Klagen [...] koennen Gegenstand der Cession sein*"; 246: "*der Begriff von Forderung [...] auf alle Klagen zu beziehen sei. [...] Vindicationen eben so gut und zu gleichen Rechtswirkungen wie persoenliche Klagen abgetreten werden koennen*"; Cfr. anche SINTENIS, *Das practische*, cit., 808, il quale, tra i crediti (*Forderung*) possibili oggetto di una cessione annovera "*endlich der aus einem Sachenrecht entsprungenen, gegen eine bestimmte Person durch Verletzung von deren Seite bereits begruendet Klagen, indem hierdurch stets ein obligatorisches Verhaeltnisse entstanden ist, so dass nicht das Sachenrecht selbst cedirt wird, sondern nur dessen*".

La disciplina della cessione dell'*actio litigiosa* avrebbe pertanto imposto il subentro del nuovo titolare nella medesima posizione processuale occupata dal dante causa (*Parteiwechsel*): ciò perché, pur inverandosi una successione in una situazione meramente obbligatoria (sia che questa fosse stata preesistente al processo, sia perché fosse sorta dalla violazione del diritto reale), sarebbe stato lo stesso meccanismo processuale – il giudicato – che avrebbe infine condotto all'acquisto definitivo della proprietà a favore dell'attore una volta che la domanda fosse stata accolta⁴³⁹.

Soltanto apparentemente divergente sarebbe risultata la relativa disciplina, in età successiva, sotto la vigenza del § 265 ZPO interpretato alla luce degli schemi imposti dalla *Relevanzthorie*. L'istituto della sostituzione processuale avrebbe permesso – *mutatis mutandis* – di operare di fatto un mutamento della qualità dell'attore, da legittimato ordinario a sostituto processuale del proprio avente causa, senza necessità di procedere anche formalmente ad un avvicendamento delle parti del processo.

Al contrario, in riferimento alla disciplina delle *res litigiosa*, a venire in rilievo sarebbe stato il carattere assoluto delle situazioni soggettive di natura reale coinvolte nel processo e nel trasferimento operato in corso di causa dal convenuto: sarebbe così bastato richiamarsi a tale carattere e all'opponibilità *erga omnes* della posizione di vantaggio fatta valere e riconosciuta in capo all'attore sul bene controverso per implicarne la soggezione dell'avente causa alla sentenza emessa nei confronti del solo autore.

Anche in tal caso è possibile registrare una sostanziale continuità di soluzioni tra il più antico regime della *Veraeussersungsverbot* e le discipline particolari codificate nei singoli *Laender* che sarebbero da ultimo confluite nell'odierno istituto della *Veraeussierung der in Streit befangene Sache* ai sensi § 265 ZPO. Che l'alienazione della *res* fosse assolutamente vietata, ovvero resa del tutto irrilevante nel corso del processo, il dato costante della disciplina sarebbe consistito nella possibilità per l'attore vittorioso di opporre la sentenza e di metterla in esecuzione nei confronti del successore *ex latere rei* senza necessità di un ulteriore processo.

In chiosa alla evoluzione tracciata sembra potersi effettivamente dire che *tutto sarebbe dovuto formalmente cambiare perché di fatto tutto restasse come prima*.

Tali erano le direttive di tendenza che si andavano delineando nella Germania di diritto comune, ancor prima della codificazione processuale unitaria e in mancanza di una normazione precipua che disciplinasse la successione nel diritto controverso. Ciò che del resto corrispondeva alla netta suddivisione dei diritti patrimoniali in diritti reali e diritti di credito che veniva tracciata dalla dottrina del tempo⁴⁴⁰.

A tale proposito, sempre mantenendosi in una prospettiva storico-comparata, può rivelarsi utile un raffronto con la coeva ma del tutto antitetica tendenza che si andava delineando in Francia agli inizi dell'800. Si è visto, infatti, come sin dall'inizio del secolo si andasse profilando nel paese d'oltralpe un consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di limiti soggettivi della sentenza e, in via riflessa, di successione nel diritto controverso, tendente a differenziare la disciplina a seconda della diversa situazione di vantaggio trasferita in pendenza del processo⁴⁴¹.

Ausübung in jener Richtung", aggiungendo in nt. 26 "wodurch es uebrigens zum Erwerb des Eigenthums kommen kann, wenn dies sonst zwischen dem Cedenten und Cessionar beabsichtigt war".

439 Sul punto WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, 119, il quale ammette la possibilità di una cessione separata della *Anspruch* dal diritto di cui era espressione: "Es ist moeglich, dass die einem Rechte entsprechende Actio auf Jemandem uebergeht [...] Moeglich ist es durch die Selbststaendigkeit der Actio".

440 Cfr. per tutti SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, in tr. it. Scialoja, I, Torino, 1886, § 56, 367: "Due [...] sono gli oggetti del diritto patrimoniale, cose e atti dell'uomo. Di qui la divisione principale di esso in: diritto sulle cose e diritto di obbligazione".

Ebbene, sembra possibile avanzare la congettura che tale apparentemente contrastante fenomeno dipendesse dalle particolari condizioni politico-sociali che contraddistinguevano lo stato francese post-rivoluzionario, e dalla sua legislazione particolarmente liberale.

Infatti, è opinione unanimemente condivisa che la rivoluzione francese abbia rappresentato il coronamento dell'affermazione del potere politico ed economico della borghesia, diretto a trasformare irreversibilmente l'assetto statale e a spogliarlo delle parassitarie strutture feudali proprie dell'ancien régime. Quest'ultimo, come ampiamente noto, costituiva un sistema di potere politico-economico imperniato principalmente sulle concessioni del patrimonio immobiliare, sulla rendita fondiaria, nonché sul vassallaggio e sui privilegi. Tale rete di vincoli imposti sulla proprietà privata rappresentavano un evidente freno alla libertà di sfruttamento, di disposizione e di circolazione dei beni mobili ed immobili per il dinamico ceto borghese e, al contempo, costituivano ancora fonte di disuguaglianza tra classi sociali ed occasione di scontri e controversie con le classi privilegiate.

Era, evidentemente, contro il mantenimento di tale sistema di diritti e di privilegi che doveva dirigersi l'azione politica degli organi rivoluzionari prima⁴⁴² e, successivamente, di quelli del nuovo Stato francese.

Assunte le redini del nuovo corso politico, la nascente classe dirigente borghese seppe forgiare a propria immagine la struttura e la costituzione economica del nuovo stato, influenzando in senso decisivo gli orientamenti del futuro legislatore fino al punto di imporgli le proprie esigenze e programmi economici: liberalizzazione della proprietà privata da ogni persistente vincolo giuridico e decisivo impulso alla circolazione dei beni⁴⁴³.

In tale complessivo contesto economico-culturale è più che naturale ritenere che anche la giurisprudenza della *Cour de Cassation* – del resto nata come *longa manus* del potere politico – venisse influenzata da tale complessiva atmosfera, e fosse di conseguenza portata ad intravedere, nel giudicato altrui che minacciasse l'intangibilità del diritto di proprietà, benché acquistato in pendenza di un giudizio che lo concerneva, uno di quei tanti vincoli contro cui dovesse porsi argine.

32. Brevi considerazioni in tema di diritto soggettivo e di rapporto giuridico

L'aver toccato nelle pagine che precedono alcuni temi nevralgici di teoria generale del diritto come quello del rapporto giuridico, impone a questo punto di operare una decisa presa di posizione. I più recenti orientamenti in dottrina – muovendo dalla valutazione critica e dal conseguente rifiuto della concezione imperativistica del diritto⁴⁴⁴ – hanno finito con lo svalutare

441 In breve: mentre in caso di trasferimento di diritto di credito lite pendente la sentenza sarebbe stata efficace anche nei confronti del cessionario, il quale sarebbe stato legittimato a promuovere contro di essa autonoma impugnazione, al contrario in caso di trasferimento di una posizione di consistenza reale la sentenza sarebbe stata inopponibile all'acquirente, salvo suo intervento o chiamata in causa nel processo, con conseguenziale possibilità di avvalersi della tierce opposition.

442 In tale direzione si pone la soppressione del sistema dei diritti e degli antichi privilegi che sarebbe dovuta avvenire, in base alla deliberazione dell'Assemblea Costituente del 4 agosto 1789, dapprima mediante il riscatto e poi, con il decreto della Convenzione del 17 luglio 1793, senza alcun indennizzo. A ciò si aggiunga la nazionalizzazione dei beni del clero secolare e regolare, di alcuni ordini militari, nonché la confisca del patrimonio della corona.

443 E' in tale complessivo programma di riforme che si collocano i risultati più emblematici del nuovo corso politico: non è del resto un caso che la proprietà privata venga considerata come diritto sacro e inviolabile dall'art. 87 della Costituzione francese del 1791, o che venisse inclusa, insieme alla libertà e alla sicurezza, tra i diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo agli artt. 2 e 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. La stessa legislazione ordinaria avrebbe dato meramente esecuzione a tale complesso disegno politico-economico: si è, infatti, esattamente osservato come il *Code Napoleon* avrebbe posto al centro del proprio sistema il "dogma della proprietà", mentre le obbligazioni verranno considerate come meri modi di acquisto della proprietà (art. 711).

grandemente la portata del concetto di rapporto giuridico. Con la conseguenza di aver infranto il nesso di necessaria interdipendenza tra rapporto giuridico e diritto soggettivo⁽⁴⁴⁵⁾.

In particolare, una volta venuta meno l'idea che la norma giuridica possa essere configurata come un comando – come un imperativo, appunto – si è sentita la necessità di negare la preminenza della posizione giuridica soggettiva del dovere, rispetto al diritto. Di modo che non appare ulteriormente sostenibile la posizione di chi individua il diritto soggettivo sulla base della destinatarietà dell'obbligo⁴⁴⁶, e che, pertanto, vincola indissociabilmente il diritto soggettivo di un soggetto al dovere (o all'obbligo) di uno o più soggetti diversi.

La norma giuridica, nelle elaborazioni più recenti, si presenta non come comando – che altrimenti sarebbero inspiegabili una lunga serie di suoi effetti⁽⁴⁴⁷⁾ –, ma come nesso di condizionalità tra un fatto (meglio: una fattispecie) ed una conseguenza (meglio: un effetto)⁽⁴⁴⁸⁾. E tale nesso di condizionalità, quando sia riferito all'azione umana, contiene un giudizio di valore, espresso in termini di doverosità o di libertà di una condotta⁽⁴⁴⁹⁾.

444 Ci si riferisce, com'è noto, alla concezione che individua nella norma un comando, propugnata, in Italia, da CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*², Roma, Sefi, 1946, passim; DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*⁷, Milano, Giuffrè, 1950, p. 220. Tale teoria va incontro a non poche critiche. In primo luogo, è stato acutamente rilevato che il comando presuppone una “volontà” e, dunque, l'esistenza di un individuo che pone il comando, e – a meno di non voler antropomorfizzare lo stato – nella legge non c'è alcuna persona che ponga questo comando. La critica non è stata efficacemente superata da chi ha “despicologizzato” il comando (KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*⁶, tr. it. a cura di COTTA e TREVES, Milano, Etaslibri, 1994, p. 33 e s.; OLIVECRONA, *L'imperativo della legge*, in Jus, 1954, pp. 451 e ss., il quale parla di «imperativi impersonali»), essendosi acutamente osservato che «la concezione della norma come comando o riconduce all'autore di essa e la intende come il risultato di una determinata volizione psicologicamente individuabile, ovvero nell'ipotesi del comando “despicologizzato” esprime null'altro che lo stesso essere norma della norma e si risolve pertanto in una tautologia» (così MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in Enc. del dir., XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, p. 334). In secondo luogo, pur a voler accettare l'imperativismo “despicologizzato” dal lato attivo, non può non osservarsi come alcune norme, dal lato passivo, riguardino soggetti incapaci, verso i quali nessun comando è pensabile (sul problema della norma si vedano, in generale, BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, oggi riprodotto in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 79 e ss.; MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*², Torino, Giappichelli, 1997, pp. 4 e ss. Tra i civilisti si vedano NATOLI, BIGLIAZZI GERI, BRECCIA e BUSNELLI, *Diritto civile, I, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, Utet, 1986, pp. 14 e ss.). A mio avviso, inoltre, la teoria imperativistica non è in grado di spiegare il fenomeno della consuetudine, né quello delle norme abrogatrici di altre norme. In questi casi, infatti, non è possibile ravvisare, rispettivamente, l'autore del comando ed i suoi destinatari.

445 Tale nesso è ancora presentato come inscindibile da una larga parte della dottrina civilistica, ancorché vi siano state – da parte di alcuni autori – delle progressive ed evidenti aperture verso la direzione qui sostenuta. Per il nesso tra rapporto giuridico e diritto soggettivo, si vedano ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, (1941), rist., Torino, Giappichelli, 1999, passim; IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*⁴, Padova, Cedam, 1990, pp. 34 e ss.

446 Si utilizza la terminologia adottata da IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*⁴, cit., p. 35 e s., il quale prosegue affermando che «il diritto soggettivo non può essere concepito se non con riferimento ad un obbligo altrui; cioè come destinazione dell'obbligo gravante su uno o più soggetti diversi dal titolare del diritto. La direzione dell'obbligo esprime l'esistenza del diritto soggettivo, e ne identifica il titolare, il quale è nulla di più di un semplice destinatario, utile a soddisfare la domanda: verso chi sono obbligato?» (i corsivi sono dell'Autore).

447 Si fa riferimento, oltre che alle ipotesi di norme i cui destinatari siano soggetti incapaci, alle ipotesi di norme che abrogano altre norme ed alle norme nascenti da “fonti fatto” (ad es., consuetudine interna ed internazionale) per le quali sembra francamente inaccettabile la nozione imperativistica del diritto.

448 In questi termini FALZEA, *Efficacia giuridica*, in Enc. dir., XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 477 (ora riprodotto in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 115 e ss.).

449 Per indicare la previsione normativa di un diritto soggettivo, preferisco esprimermi in termini di «libertà», anziché in termini di «liceità», atteso che anche la condotta doverosa – pur senza essere libera – è lecita. Giova qui richiamare quanto osservato da COLZI, *Diritto soggettivo*, in Enc. forense, III, Milano, Vallardi, p. 271, il quale – distinte le attività lecite tra quelle garantite e quelle imposte da una norma – conclude: «diritto ed obbligo si contrappongono l'uno all'altro, come titoli contrari di qualificazione del lecito, per cui da un lato abbiamo un

Se si accolgono tali premesse non è ulteriormente sostenibile che al dovere di un soggetto debba sempre corrispondere il diritto soggettivo di un altro⁽⁴⁵⁰⁾.

Con ciò non si vuole negare che spesso il dovere di un soggetto sia legato funzionalmente alla realizzazione di un diritto altrui – nel qual caso il dovere viene tradizionalmente denominato obbligo –, ma si esclude che tutte le condotte che la norma giudica qualifica come doverose siano correlate ad un diritto⁽⁴⁵¹⁾. E', dunque, da condividere la posizione di chi esclude che i diritti assoluti possano essere identificati con un rapporto giuridico strutturato in guisa che al potere del titolare corrisponda il dovere di astensione di tutti gli altri consociati⁽⁴⁵²⁾. Infatti, il dovere di astensione è posto come semplice «rete di protezione» a presidio di ogni interesse meritevole di tutela – e dunque anche a presidio di ogni diritto soggettivo – e non come posizione soggettiva speculare al diritto soggettivo⁽⁴⁵³⁾.

Quanto affermato – è bene ribadirlo – non esclude che vi siano doveri finalizzati al soddisfacimento di un diritto soggettivo. In questo caso, tuttavia, il dovere non costituisce la «rete di protezione» di una serie aperta e indefinita di interessi, ma è il mezzo attraverso il quale l'ordinamento garantisce il soddisfacimento di un interesse specifico⁽⁴⁵⁴⁾.

Anche in questi casi, tuttavia, ha modo di operare la «rete di protezione» del dovere di astensione. Il quale, però, non è posto a carico del soggetto obbligato, ma riguarda tutti gli altri consociati, come si trae dal progressivo ampliamento dell'area della tutela aquiliana del credito, inizialmente accordata solo nell'ambito dei rapporti di famiglia a tutela del credito alimentare⁽⁴⁵⁵⁾.

comportamento libero e garantito, dall'altro lato un comportamento vincolato in cui si esaurisce la liceità, in quanto il non adottare da parte del soggetto quel comportamento determina immediatamente lo sconfinamento nella illiceità». Osservazioni simili sono compiute, nell'area del diritto civile, da DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 210; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 71; CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 3, il quale – con la consueta chiarezza – afferma che «non per altro il diritto si distingue dal dovere se non perché è espressione di libertà» (citato da DE CUPIS, *loc. cit.*).

450 () Tale conclusione è condivisa persino da chi ritiene che ogni diritto soggettivo sia sempre correlato ad un dovere. Cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio*, cit., p. 36.

451 () La disarticolazione tra diritto soggettivo e dovere è oramai un dato acquisito della dottrina pubblicistica. Si vedano, tra gli altri, ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*³, Padova, Cedam, 1932, p. 73; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, (1922), rist., Padova, Cedam, 1967, p. 48; SANDULLI, *Manuale di diritto Amministrativo*¹⁵, Napoli, Jovene, 1989, I, p. 105 e 114; BARILE, CHELI e GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁷, Padova, Cedam, 1995, 40.

452 () Strutturando i diritti assoluti come rapporti giuridici di tal fatta, non si potrebbero ad esempio distinguere il diritto di proprietà e quello di usufrutto, il cui tratto differenziale è costituito dai particolari limiti che incontra il contenuto di quest'ultimo rispetto al contenuto della proprietà. Non, dunque, il generalizzato dovere di astensione, ma il contenuto del diritto è ciò che consente di distinguere un diritto assoluto dall'altro.

453 () Sul punto si rinvia alle perspicue pagine di COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 1980, 17 e ss., il quale con ampia motivazione – e con il corredo di un notevole impianto bibliografico, cui si rinvia – disarticola il diritto reale dal cosiddetto dovere di astensione. Per una sintesi del pensiero di questo Autore, sul problema dei diritti reali, si rinvia anche alla sua voce *Diritti Reali. I). Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, 2. Per analoghe posizioni si vedano SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, Jovene, 1989, ristampa, 70 s.; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*⁶, Bologna, Zanichelli, 1978, 20; NATOLI, BIGLIAZZI GERI, BRECCIA e BUSNELLI, *Diritto civile*, I, cit., 253 e ss., e, in particolare, 258 ss. e 294 ss.

454 Nel diritto privato, la figura dell'obbligo la si incontra nei rapporti di famiglia (cfr. artt. 143 e 147 cod. civ.) e, soprattutto, nei rapporti obbligatori. Nelle ipotesi richiamate l'interesse di un soggetto può essere soddisfatto soltanto attraverso l'esatto adempimento dell'obbligo posto a carico di un diverso soggetto, non altrimenti.

455 Anche tentare soltanto di riassumere la vicenda giurisprudenziale e dottrinale della cosiddetta tutela aquiliana dei diritti di credito sarebbe un fuor d'opera. Per un ampio panorama dottrinale e giurisprudenziale, si rinvia pertanto alla lettura di ALPA, *Trattato di diritto civile. IV. La responsabilità civile*, cit., 490 e ss., nonché di GALGANO, *Diritto civile e commerciale*², II, 2, Padova, Cedam, 1993, 297 e ss. ed alla bibliografia ivi citata. In giurisprudenza, deve essere ricordata la storica sentenza sul «caso Meroni» della Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n.

Pertanto si ha una posizione di dovere ogni volta che l'ordinamento impone una condotta a taluno a protezione di un indefinito numero di interessi altrui. Viceversa, si ha una posizione di obbligo in tutti i casi in cui la condotta dell'obligato costituisce l'unico mezzo di soddisfacimento del diritto altrui. Solo in tale ultimo caso, perciò, si ha la necessaria corrispondenza dell'obbligo con un diritto soggettivo.

Da ciò consegue che l'inosservanza di un obbligo determina necessariamente la lesione di un diritto soggettivo, mentre l'inosservanza di un dovere non implica necessariamente tale lesione, che, anzi, può invece rappresentare il fatto costitutivo di un diritto (di credito), ogni volta che alla violazione del dovere consegua un danno ingiusto (cfr. art. 2043 cod. civ.)⁴⁵⁶

Da quanto premesso discende, evidentemente, che sarebbe improponibile – almeno in ottica moderna – una costruzione teorica che tentasse, già dal punto di vista del diritto sostanziale, di ricondurre ogni posizione di vantaggio alla figura dogmatica del rapporto giuridico, forzandone il relativo contenuto.

Anche in una prospettiva processuale – almeno nel contesto del presente lavoro – non potrà che prendersi atto di tale acquisizione, rinunciando ad ogni tentativo di porre ad oggetto del giudizio il concetto – ritenuto in sé fuorviante – del rapporto giuridico⁴⁵⁷. Pur volendo in questa sede tralasciare la *vexata quaestio* dell'oggetto del giudizio di rivendica, una tale conclusione non consentirebbe comunque di giustificare la tutela di accertamento dei diritti assoluti⁴⁵⁸.

174, in *Foro it.*, 1971, c. 1284 ss. con note di BUSNELLI, *Un clamoroso "revirement" della cassazione: dalla "questione di Superga" al "caso Meroni"* e di JEMOLO, *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*; nonché in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 679 ss., con nota di VISINTINI, *In margine al "caso Meroni"*.

456 Essendo la letteratura in argomento sterminata si omette qualsiasi riferimento bibliografico, rinviando al recente volume di SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1998 ed all'ampia bibliografia ivi rinvenibile. Chi si è occupato di fondare su rigorose basi logiche la distinzione tra «necessità giuridica» e «possibilità giuridica» – posizioni rispettivamente identificabili con «dovere» e «diritto» – non ha mancato di osservare che «ogni giudizio di possibilità si risolve in un giudizio di non necessità» (FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 479). Ne consegue – sul piano assiologico – che «il potere consiste nell'assenza del dovere contrario (mentre dal lato opposto il dovere consiste nell'assenza del potere contrario)»; pertanto, «ha il potere di compiere un atto il soggetto che non ha il dovere di ometterlo, cioè di compiere l'atto contrario» FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 479 s. Benché Falzea parli espressamente di «potere» non par dubbio che voglia soprattutto riferirsi al diritto soggettivo, atteso che l'illustre civilista non manca di precisare che il potere può essere rafforzato in un doppio senso: assumendo l'aspetto della libertà (assenza di doveri del soggetto titolare) o della relazione giuridica intersoggettiva (presenza di doveri in un soggetto diverso dal titolare) (cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 479). La richiamata opposizione assiologica tra diritto e dovere emerge chiaramente anche modificando il punto d'osservazione, e segnatamente verificando le vicende costitutive ed estintive di obblighi e di doveri, attraverso il «prisma» dell'attività giudiziale. Il convenuto, contro il quale sia chiesta una condanna per l'adempimento di un obbligo, ottiene il rigetto nel merito della domanda allegando un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto vantato dall'attore, ovvero negando che tale diritto sia mai venuto ad esistenza. Ad esempio, colui che sia convenuto per l'adempimento di un'obbligazione civile ottiene il rigetto della domanda eccependo l'avvenuta estinzione del credito per adempimento, o per prescrizione, compensazione, ecc., ovvero negando l'esistenza del diritto vantato dall'attore. Al contrario, il convenuto, denunciato per la violazione di un dovere, ottiene il rigetto della domanda dimostrando di essere libero – in altri termini, di avere il diritto – di tenere la condotta che l'attore assume vietata. Il convenuto in un'azione negatoria, ad esempio, può ottenere il rigetto della domanda dimostrando di avere un diritto, ad esempio di servitù, sulla cosa dell'attore.

457 E' questa la concezione diffusa, in tempi meno recenti, in larga parte della dottrina italiana. Sul punto, per tutti, si veda l'insuperabile trattazione di ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 1935, rist., Milano, Giuffrè, 1992, 49, il quale nega la vigenza di un limite soggettivo del giudicato che non sia l'immediata conseguenza dei limiti oggettivi, atteso che la sentenza «per suo stesso contenuto oggettivo, e, perciò, già per la regola dei limiti oggettivi della cosa giudicata, non possa aver efficacia su altro rapporto da quello deciso, individuato dalle persone che ne sono i soggetti, e che furono le parti della causa; che la sentenza, già per sé, non abbia efficacia oltre quelle persone, oltre le parti» (*op. ult. cit.*, 51).

458 Rappresentando il diritto assoluto come un rapporto giuridico, esso viene configurato come posizione di preminenza di un soggetto su di un bene, corrispondente al generico dovere di astensione di tutti gli altri consociati. Per questa prospettiva si veda ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 54 e ss., il quale – nel tentativo di dare coerenza alla propria tesi – afferma che la proprietà «non è il diritto più adatto a venir dedotto in un processo con due parti», visto

Sezione IV: teoria della rilevanza e della irrilevanza

33. Prospettiva d'indagine

Le precisazioni svolte nella sezione precedente confermano la possibilità – avanzata al termine del primo capitolo – di considerare come immanente nelle dinamiche applicative della successione nel diritto controverso una intrinseca differenziazione della disciplina basata sulla diversa natura, reale od obbligatoria, della situazione di vantaggio coinvolta nel fenomeno indagato. Naturalmente, il limite entro cui ci si potrà spingere nel definire il trattamento differenziato in parola sarà costituito dalla cornice della fattispecie legale disegnata dall'art. 111 c.p.c.

Si tratterà dunque di valutare, in relazione alle diverse posizioni sostanziali che possano venire in rilievo, se sussistano ragioni che inducano – o impongano – di preferire l'una o l'altra delle chiavi di lettura dell'istituto che la tradizione ha perpetrato nella contrapposizione tra teoria della rilevanza e della irrilevanza.

Tale valutazione – accantonati preconcetti ideologici (sull'esempio francese) o dogmatici (sulla scia della antica pandettistica) che possano nutrirsi in ordine alla distinzione tra diritti reali e di credito – verrà condotta prevalentemente sulla base di quella che è unanimamente riconosciuta come la ratio fondante della disciplina della successione nel diritto controverso: la necessità di assicurare alla parte estranea al fenomeno successorio una tutela giurisdizionale effettiva. A tale principale parametro di preferenza potranno poi aggiungersene di ulteriori, ricavati in via sistematica dalla disciplina sostanziale o processuale applicata nelle diverse fattispecie di volta in volta considerate.

Prima di avviarsi nella tracciata direzione di indagine, conviene brevemente riassumere le diverse prospettive da cui muovono le opzioni ricostruttive che costituiranno i poli dell'alternativa presa in esame.

Da una parte, sotto la comune denominazione di *Irrelevanztheorie*, sono accomunate quelle teoriche le quali, escludendo – sulla base di diverse argomentazioni – che il giudice possa prendere in considerazione a fini cognitivi e decisorii l'evento successorio inverteatosi lite

che questo «è cornice sproporzionatamente piccola per così grande quadro». ALLORIO, *loc. ult. cit.*, prosegue, poi, asserendo che «la proprietà non è tanto un diritto, quanto una sintesi, un sistema ideale di diritti, di rapporti; una situazione giuridica; una posizione che ha infiniti lati, e che, come tale, non viene mai dedotta in giudizio». Sulle tracce di Allorio si muove anche A. ATTARDI, L'interesse ad agire, *cit.*, p. 59, laddove afferma che «l'oggetto del processo deve individuarsi quindi, in armonia col contenuto della pronuncia del giudice, quale si ricava dalla finalità del processo, in una questione circa l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto giuridico». Se oggetto del giudizio fosse tale rapporto, ne dovrebbe discendere la necessità di instaurare il contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti passivi del rapporto (cioè, nei confronti di tutti), con la conseguenza di avere una sentenza i cui effetti di accertamento dovrebbero essere opponibili erga omnes. Viceversa, in iure condito, ciò non accade: il contraddittorio viene instaurato solo nei confronti di chi abbia sollevato contestazioni sulla titolarità del diritto e la sentenza produce i suoi effetti di accertamento solo tra i legittimi contraddittori. Inoltre, la tesi non ha alcun addentellato normativo particolarmente saldo, a meno che non si voglia richiamare l'unica ipotesi in cui il legislatore ha utilizzato l'espressione «rapporto giuridico»: l'art. 2908 cod. civ. Tuttavia far leva su questo dato letterale non può che condurre a forzature. Deve, infatti considerarsi che l'art. 2908 cod. civ. attribuisce all'autorità giudiziaria, in alcuni casi specifici, il potere di «costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico tra le parti», ma non aiuta in alcun modo a stabilire quale sia l'oggetto del relativo giudizio. A favore della tesi formulata nel testo militano numerosi ed espliciti riferimenti normativi, tra i quali vanno senz'altro menzionati l'art. 24 Cost., gli artt. 2697 e 2907 cod. civ., gli artt. 75, 81, 99, 111 cod. proc. Civ. Tali testi normativi fanno tutti riferimento al diritto soggettivo per la cui tutela si agisce (artt. 24 Cost. e 2907 cod. civ.), al diritto fatto valere in giudizio (artt. 75, 81, 99 cod. proc. civ.) al diritto controverso (art. 111 cod. proc. civ.), di talchè la supposta correlazione tra diritto soggettivo e giudizio si appalesa quantomeno legittima. Si vedano, per il compiuto svolgimento del discorso, le chiare pagine di CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, *cit.*, 119 ss.; nonché MENCHINI, *I Limiti oggettivi del giudicato civile*, *cit.*, 45 e ss., con richiami alla dottrina italiana e tedesca sul tema. Sul punto, si vedano anche PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 387; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, Utet, 1991, 66 s.; da ultimo – su questa linea di pensiero – POLI, *In tema di giudicato e accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. Proc.*, 1999, 583 s.

pendente, arrivano ad equiparare quest'ultimo a un trasferimento intervenuto alla chiusura del processo.

Al contrario la teoria della rilevanza muove dalla piena incidenza dell'atto di trasferimento all'interno del processo ed intravede nelle pieghe dell'art. 111 c.p.c. un'ipotesi di sostituzione processuale: da ciò discende che esso possa trovare applicazione nei soli casi in cui, in conseguenza della cessione, il dante causa perda (interamente) la legittimazione ad agire e prosegua il giudizio quale sostituto processuale del successore.

Si è visto inoltre come la divisata alternativa si sarebbe tradotta in termini dogmatici nella questione relativa all'individuazione dell'oggetto del giudizio proseguito ai sensi dell'art. 111 c.p.c.: in particolare se questo fosse costituito dal diritto ancora in capo al dante causa (irrilevanza) ovvero trasferito al successore (rilevanza).

Tale prospettiva verrà assunta, quale ipotesi di lavoro, a base del proseguo della ricerca, dalla quale ci si aspetta di ricevere – a sua volta – conferma della bontà dell'impostazione accolta.

34. Gli elementi strutturali delle situazioni di vantaggio come criteri di riferimento del regime della successione nel diritto controverso

L'intuizione di base che può condurre a dirimere una volta per tutte la diatriba tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* è quella per cui le situazioni di vantaggio esibiscano, in se stesse, delle caratteristiche strutturali che rendano consigliabile, se non addirittura imposta, l'adesione all'una piuttosto che all'altra lettura dell'istituto.

In effetti, la distinzione tra diritti reali e diritti personali si fonda su una matrice di verità che aspira all'universalità e che – in disparte da preconcetti dogmatici e filosofici – sviluppa un'intuizione del tutto empirica: quella per cui alcune situazioni di vantaggio – che una tendenza generalizzante vorrebbe far coincidere con quelle di natura reale – sono identificate dai loro caratteri di struttura, in particolare dal loro contenuto e indipendentemente dal titolo di acquisto (dalla *causa petendi*) che ne costituisca il fondamento. Ciò, del resto, corrisponde a una tradizione remotissima, di origine romana⁴⁵⁹, preservata dal diritto intermedio⁴⁶⁰ e fatta propria dalla migliore dottrina contemporanea, tedesca ed italiana⁴⁶¹.

In tale direzione si rivelano di fecondo interesse le profonde ed accurate indagini compiute da Cerino Canova in tema di elementi identificatori della domanda giudiziale, che hanno contribuito a precisare e a definire i contorni della tradizionale distinzione tra diritti autodeterminati ed eterodeterminati. In particolare è stato messo in luce come solo una arbitraria generalizzazione possa condurre a far coincidere detta ripartizione con quella tra diritti assoluti e relativi, mentre il criterio discrezionale sembrerebbe piuttosto risiedere non tanto nella natura del diritto, ma in un'idea molto più empirica: la irripetibilità della medesima situazione tra le stesse

459 D. 44, 14, 2 (Paul. l. 70 ad ed.): “*Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiat: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest*”.

460 Si vedano al riguardo le attestazioni in SCHMIDT, *Die Klagsänderung*, Leipzig, 1888, 34 s., 54 ss., 76 s.; in GARRONE, *Contributo alla teorica della domanda giudiziale*, Casale, 1910, 84 ss.; nonché in CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario*, cit., 24, nt. 78.

461 In Italia, sulla scia di Chiovenda, *Principii*, cit., 283; Id., *Istituzioni*, cit., 330; accolgono tale tradizione Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 3 ed., I, Napoli, 1954, 290; Liebman, *Manuale*, I, 153; Giannozzi, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, 81 ss.; Mandrioli, *Corso*, I, 131 s.; Segni, *Della tutela giurisdizionale*, 352; Costa, voce *Domanda giudiziale*, 167; Montesano, *Invocazione per la prima volta in appello dell'usucapione a fondamento di un'azione di rivendica. Osservazioni in tema di “jus novorum” e di “causa petendi” in appello*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, 114; Satta, *Commentario*, II, 1, 23

parti⁴⁶². Caratteristica che, in materia di successione nel diritto controverso, sembra destinata a coincidere in ultima istanza con la specificità del bene trasferito in corso di causa.

Per quanto interessa ai fini del presente studio, quell'intuizione può considerarsi feconda in quanto evidenzia una incompatibilità di fondo tra la conformazione strutturale di talune situazioni di vantaggio e le stringenti maglie con cui si è inteso far coincidere il meccanismo operativo dell'istituto della successione nel diritto controverso con quello della sostituzione processuale. Infatti, se si accoglie da un punto di vista sistematico la categoria dei diritti autodeterminati risulta incontestabile che il diritto controverso trasferito all'avente causa non possa essere per definizione dedotto nel processo attraverso la mera allegazione del titolo di acquisto del successore, a meno di una vistosa *contradictio in adjecto*.

In altri termini, risulta in radice escluso che il dante causa possa essere il sostituto processuale in senso tecnico per il "diritto autodeterminato" oramai trasferito in capo all'avente causa. E di ciò, del resto, reca una tangibile conferma il fatto che il 4° comma dell'art. 111 c.p.c. escluda espressamente che possano rientrare nell'ambito dell'accertamento vincolante contenuto nella sentenza, opponibile al successore, fattispecie di acquisto del 'diritto del successore' diverse da quella del trasferimento derivativo.

Ma, ancora, pur supposta in astratto la possibilità di considerare che tali situazioni di vantaggio si declinino nel processo, a seguito di una vicenda successoria, in quanto eterodeterminate (cioè dedotte nei limiti del titolo di acquisto del nuovo titolare del diritto)⁴⁶³, diverrebbe estremamente complesso – per non dire impossibile – definire l'esatto perimetro del giudicato portato dalla sentenza conclusiva del giudizio. Non volendo ravvisarsi quest'ultimo – *in thesi* – nella posizione di vantaggio ancora in capo al dante causa, né potendo poi coincidere – *de facto* – con quella del successore, si sarebbe costretti ad assumere che l'oggetto dell'accertamento debba cadere su un'entità giuridica artefatta costituita dal diritto dell'alienante e – in aggiunta – dall'efficacia dell'atto traslativo.

L'argomento formulato sembra congiurare per una tendenziale inconciliabilità strutturale, ricavata in termini affatto empirici e lontani da ogni dogmatismo, tra teoria della rilevanza e irripetibilità della situazione sostanziale trasferita in corso di lite.

Ma la conclusione ora raggiunta può essere corroborata con un ulteriore argomento tratto dalla fattispecie – la successione costitutiva – che avrebbe rappresentato la prima vittima sacrificale immolata sull'altare del progressivo affermarsi della *Relevanztheorie* e del meccanismo della perdita della *Sachlegitimation* che ne avrebbe costituito il postulato di base. Ciò che permetterà di precisare la nozione di autodeterminazione in relazione ai caratteri delle situazioni di vantaggio rilevanti ai fini dell'applicazione dell'istituto in esame⁴⁶⁴.

Si ricorderà, infatti, come già in Germania la postulazione del fenomeno della 'perdita della *Sachlegitimation*' (quest'ultima intesa, come si è visto, nel senso di legittimazione sostanziale) quale presupposto applicativo del § 265 ZPO avrebbe indotto la dottrina tedesca a distinguere a seconda che la successione costitutiva si fosse verificata su di un credito ovvero su una situazione giuridica di consistenza reale. In quest'ultimo caso l'applicazione dell'istituto in esame sarebbe stata esclusa proprio perché il dante causa avrebbe comunque conservato intatta la propria legittimazione sostanziale⁴⁶⁵.

462 Così CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 180.

463 Il che significherebbe comunque introdurre una vistosa deroga in un ordinamento i cui interpreti sono da sempre propensi ad individuare l'entità posta ad oggetto del processo in un diritto sostanziale e non in un'entità astratta – come sarebbe questo novello *Streitgegenstand* – creata per esigenze meramente processuali.

464 In generale, sulla successione costitutiva, si vedano SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, 93; PUGLIATTI, *Acquisto del diritto*, 513 s.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª ed., Torino, 1962, I, 260; ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 191 ss.

465 MEISTER, *Die Vereausserung*, cit., 58

La medesima impostazione sarebbe stata in seguito importata anche in Italia in relazione all'art. 111 c.p.c. semplicemente traducendo il termine *Sachlegitimation* con la nozione di legittimazione ad agire intesa in un primo tempo come effettiva titolarità del diritto controverso⁴⁶⁶, e poi come titolarità meramente affermata⁴⁶⁷.

Il risultato finale non doveva tuttavia cambiare. Anzi, generalizzando le conclusioni cui era pervenuta la dottrina tedesca, si è arrivati a sostenere che dall'ambito applicativo dell'art. 111 c.p.c. sarebbe stata *in toto* estranea qualunque forma di successione costitutiva, rinvenendone la spiegazione dogmatica nella circostanza che essa avrebbe concretato una *successione in un "rapporto giuridico avente elementi non solo soggettivamente, ma anche oggettivamente diversi da quello dedotto in giudizio"*⁴⁶⁸.

Preclusa così a tali fattispecie la possibilità di partecipare della disciplina dell'istituto in esame, si sarebbe ritenuto sufficiente (onde garantirne un adeguato trattamento processuale) variamente⁴⁶⁹ postulare un'efficacia riflessa della sentenza a cui assoggettare il successore in sostituzione di quella prevista dal 4° comma dell'art. 111 c.p.c. Mentre, per soddisfare il suo diritto al contraddittorio, sarebbe bastato lo spazio di manovra concesso dall'intervento adesivo (art. 105, 2° comma, c.p.c.), privo come tale della facoltà di impugnare la sentenza⁴⁷⁰. Il fio di simile ricostruzione della disciplina sarebbe tuttavia stato pagato proprio da quella controparte a cui tutela era stato predisposto l'art. 111 c.p.c., alla quale sarebbe stato sottratto

Non sembra inutile a questo punto evidenziare ancora una volta come a tali conclusioni si sia potuti pervenire portando alle estreme conseguenze i postulati ereditati dalla *Relevanzthoerie*⁴⁷¹, la quale – come già ampiamente dimostrato – avrebbe offerto i suoi peggiori risultati applicativi proprio in relazione a situazione di vantaggio di natura reale⁴⁷².

466 De Marini, *La successione*, cit., 173 s.: “per legittimato ad agire si intende colui che può far valere in giudizio una propria pretesa. [...] la pretesa fatta valere è quella del titolare del rapporto e nel suo interesse, pertanto la legittimazione spetta, secondo la regola generale, a quest'ultimo”.

467 PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 64. Sul concetto di legittimazione ad agire si tornerà nel proseguo di questo lavoro.

468 PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 148 ss; ID., *La trascrizione*, cit., 168 s., 183 ss., 198 nt. 353, 265 nt. 88, 309, 386 nt. 265, 271; SATTA, *sub art. 111*, cit., 419 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., II, 148; WIDMANN, *La successione a titolo particolare*, 426. A tale conclusione la dottrina sopra citata perviene anche sulla base del definitivo e condivisibile superamento della tesi secondo cui la costituzione di tali diritti reali limitati costituirebbe un frazionamento della proprietà.

469 Diverse, sul punto, sono le ricostruzioni prospettate dai vari autori per fondare la soggezione all'efficacia riflessa – della sentenza o del giudicato stesso – dell'acquirente di un diritto reale limitato in corso di causa. Secondo PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 149, ciò costituirebbe un necessario corollario della permanenza in capo al dante causa della legittimazione ad agire in giudizio sul proprio rapporto nonché della sussistenza “della dipendenza giuridica fra diritto cd. base oggetto del processo e diritto cd. limite” (sul rapporto, prefigurato dall'autore in commento, tra legittimazione ed limiti soggettivi di efficacia della sentenza, si veda PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 90 ss., in particolare, 92 s.). WIDMANN, *La successione a titolo particolare*, 442 riconduce tale soggezione a “un principio generale [che troverebbe solo parziale estrinsecazione nelle disposizioni degli artt. 2909 c.c. e 111, 4° comma, c.p.c., n.d.a.] in forza del quale chiunque acquisti, successivamente all'instaurazione del giudizio, un diritto dipendente – benché non necessariamente ‘corrispondente’ – a quello oggetto del giudizio stesso, è immancabilmente investito dell'efficacia riflessa della sentenza pronunciata nei riguardi del suo autore”. Sulla variegata nozione di efficacia riflessa diffusa nella dottrina italiana si tornerà in seguito nel corso del presente capitolo.

470 Sembra legittimo avanzare il sospetto

471 Così, infatti, PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 12 nt. 16, che liquida la possibilità di interpretare l'art. 111 c.p.c. alla luce della teoria della irrilevanza nello spazio di una nota. Diversamente CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., II, 148, affronta la questione ma in prospettiva critica. Ancora su un diverso piano WIDMANN, *La successione a titolo particolare*, 426, che pur sostenendo la possibilità di interpretare l'istituto in esame alla luce della teoria della irrilevanza, non coglie in prospettiva storica la stretta connessione – che si è tentato di evidenziare nel primo capitolo del presente lavoro – tra la riferita Theo

472 L'esempio ricorrente degli autori citati alle norme precedenti

Del tutto oblierate dalla stringente logica che tesseva le fila del ragionamento riferito sarebbero rimaste invece le fattispecie – pur sempre di successione costitutiva⁴⁷³ – della concessione di usufrutto o di pegno sul credito controverso, alle quali le norme del codice civile che le disciplinavano (artt. 1000 e 2803 c.c.) riconnettevano espressamente la perdita della legittimazione ad agire del dante causa⁴⁷⁴, con ciò ricorrendo quel medesimo presupposto applicativo che la dottrina riferita riconduceva alla *ratio* dell'istituto in esame.

Ed invero la ragione, peraltro intuitiva, di tale fenomeno può essere individuata nel diverso riverbero che la prescelta nozione di legittimazione ad agire (la titolarità, meramente affermata, del diritto controverso quale fondamento del meccanismo sotteso all'art. 111 c.p.c.) avrebbe esercitato sulle note di struttura che esibiscono alcune posizioni soggettive di vantaggio, soprattutto in riferimento al loro oggetto immediato.

E' noto infatti come i beni corporali sono suscettibili di costituire il referente oggettivo di una pluralità di situazioni giuridiche soggettive di diverso contenuto e natura (proprietà, usufrutto, servitù, etc), senza che la loro contemporanea esistenza le ponga in relazione di necessaria incompatibilità⁴⁷⁵. Per tali situazioni di vantaggio, se si assume a monte una nozione di legittimazione ad agire imperniata sul metro della formale titolarità – affermata dall'attore e, rispettivamente, negata in capo al convenuto – di un diritto di un certo contenuto su di un dato bene, sarà fatale che la stessa non venga meno per il fatto che in corso di causa il convenuto costituisca, sul medesimo bene, diritti di diverso contenuto a favore di terzi. Da una parte è, infatti, la stessa realtà dell'oggetto del diritto controverso che garantisce la coesistenza delle diverse situazioni di vantaggio e, dall'altra, è la nozione formale di legittimazione ad agire assunta a non essere in grado di escluderne la coesistenza.

Diverso discorso deve essere fatto invece per situazioni di vantaggio aventi ad oggetto una prestazione generica, come le obbligazioni pecuniarie e segnatamente i diritti di credito. Nei processi di condanna che riguardano questi ultimi, infatti, la domanda ha di mira essenzialmente la realizzazione del diritto di credito, in quanto è rivolta alla dichiarazione del dovere del debitore di effettuare la prestazione⁴⁷⁶.

473 E' lo stesso PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 148, nt. 60, a ricomprenderle nella categoria: "rientrano in tale categoria tutte le ipotesi in cui si parla (impropriamente) di diritti su diritti, cioè in cui l'oggetto di un diritto è lo stesso di un diritto preesistente che il nuovo rapporto, da quello derivato, suppone e limita: così ad esempio il diritto di pegno su crediti, il diritto di ipoteca su diritti reali diversi dalla proprietà". Deve comunque darsi conto del fatto che nella dottrina civilistica la ricostruzione del pegno e dell'usufrutto di crediti appare controversa.

474 Presumibilmente si tratterà per lo più della legittimazione ad agire dell'attore/creditore (che abbia costituito in pegno o in usufrutto il credito controverso) nel processo di condanna promosso contro il debitore, ma non è escluso che possa trattarsi anche del creditore convenuto nel giudizio di accertamento negativo del credito promosso dal debitore.

475 Cioè, a dire, un bene può essere contemporaneamente oggetto di diritti di diverso contenuto (il bene di cui si è proprietari può essere concesso in usufrutto, può costituire oggetto di ipoteca, vi possono essere costituite servitù ovvero altri diritti reali di godimento) e natura (il medesimo bene può essere concesso in locazione, comodato, etc.), senza che l'esistenza di uno di essi contraddica quella degli altri; si avrà piuttosto la mera compressione dell'esercizio di uno di essi a vantaggio dell'altro. Cfr. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 149: "la successione cd. costitutiva, infatti, non spoglia il titolare del cd. diritto base della titolarità del diritto stesso o di una sua parte, ma solo ne comprime l'esercizio". Ancora, per l'osservazione secondo cui la proprietà sia compatibile con un diritto reale limitato altrui (per restare all'ipotesi di cui al testo, può immaginarsi la costituzione di un diritto di servitù o usufrutto da parte del convenuto in corso di causa), si vedano REDENTI, *Il giudizio civile*, cit., 142 s.; Fornaciari, *Situazioni potestative*, cit., 331 s.; LUISO, *Sul concetto*, cit., 446 s.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Camenrino, 1974, 528; CAVALLINI, *L'oggetto del processo di rivendica*, Napoli, 2002, 250; MAIORCA, *Azione petitoria*, in *Nvss. Dig.*, II. Torino, 1958, 87, "ciò discende dal concetto stesso della proprietà, la quale ammette (come effetto dell'esercizio dei poteri di disposizione nell'ambito stesso della situazione giuridica della proprietà) situazioni giuridiche reali derivate, compatibili col permanere della situazione di proprietà e, in caso di collisione, prevalenti *ratione temporis*, 83, nt. 8

Dunque, la legittimazione ad agire in giudizio per far valere un diritto di credito si traduce in ultima istanza nella legittimazione dell'attore a ricevere la prestazione⁴⁷⁷: in tali ipotesi, la costituzione di un diritto limitato (di pegno o di usufrutto) sul credito interferisce inevitabilmente sulla legittimazione a ricevere la prestazione, e dunque nella stessa legittimazione ad agire da parte del creditore originario, il che poi fattualmente si traduce in una ipotesi di colegittimazione (art. 1000 c.c.)⁴⁷⁸ ovvero di legittimazione esclusiva da parte del titolare della situazione ritenuta prevalente dal legislatore (art. 2803 c.c.)⁴⁷⁹.

Può dunque concludersi che il diverso comportamento esibito da situazioni soggettive di vantaggio di diversa natura, in ipotesi di successione costitutiva, altro non sia che il riflesso del diverso riverbero che la prescelta nozione di legittimazione ad agire (la titolarità affermata del diritto, *ergo* una posizione di preminenza su una determinata utilità) avrebbe esercitato sui caratteri di struttura delle medesime: in particolare il loro oggetto immediato, un bene ovvero una prestazione.

Non aver messo in debita luce tali peculiarità delle situazioni giuridiche soggettive⁴⁸⁰, insieme a una interpretazione unilateralmente rivolta ad aderire ai postulati della teoria della rilevanza, sono i fattori che hanno inevitabilmente contribuito a diffondere una visione quantomeno parziale dell'istituto della successione nel diritto controverso.

35. Implicazioni di carattere sistematico: *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* come mero riflesso della diversa natura della situazione di vantaggio coinvolte nel fenomeno della successione nel diritto controverso

Ora, sembrerebbe difficile negare che anche la costituzione in pegno o in usufrutto del credito fatto valere in giudizio possa dar luogo all'applicazione del § 265 ZPO⁴⁸¹ o dell'art. 111 c.p.c.⁴⁸².

476 In tal senso, di recente, anche MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 476, sulla scia di CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, cit., 19 ss., 64.

477 E' evidente infatti che il debitore, in conseguenza della costituzione dell'usufrutto o del pegno sul credito, non potrà più liberarsi efficacemente del proprio debito con un pagamento effettuato al (solo) creditore. In tal senso, ancor prima delle chiare disposizioni degli artt. 1000 e 2800 ss c.c., depone la stessa natura del diritto di usufrutto e del pegno su crediti.

478 Nel senso che l'art. 1000 c.c. configuri un'ipotesi di litisconsorzio necessario, si veda PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1954, 664. Ebbene, non sembra potersi dubitare che anche in mancanza di una norma come quella contenuta all'art. 1000 c.c., alla medesima soluzione debba pervenirsi per via di una interpretazione sistematica. Fede, *L'usufrutto di crediti e di titoli di credito*, 2008, 54. Diversamente, il § 1077 BGB prevede espressamente che sia il creditore che l'usufruttuario agiscano disgiuntamente per ottenere la condanna del debitore al pagamento ovvero al deposito delle somme dovute ma sempre a favore di entrambi.

479 Ed invero è da credere che, anche in assenza delle disposizioni contenute negli artt. 1000 e 2803 c.c., la perdita della legittimazione ad agire da parte dell'originario creditore discenderebbe dai medesimi principi e dalla logica del sistema. Si faccia l'esempio del del credito controverso che venga pignorato in pendenza del giudizio promosso dal creditore nei confronti del debitore. Non v'è una norma che sancisca espressamente la perdita della legittimazione ad agire da parte del creditore procedente, ma è più che logico che una tale conseguenza sia evincibile dall'art. 2917 c.c. nonché dall'art. 546 c.p.c.; e dunque anche tale ipotesi integrerebbe una successione nel diritto controverso ai sensi dell'art. 111 c.p.c.

480 Oggetto della obbligazione

481 In senso affermativo per la dottrina tedesca si esprime HELLWIG, *System, I, cit.*, 367; nonché lo stesso MEISTER, *Die Veräusserung, cit.*, 59 s., il quale – come si è visto – si pronuncia in senso opposto per la successione costitutiva su diritti reali. Tuttavia, come si è già rilevato, oggi la dottrina tedesca è unanime nell'affermare che anche tale ultima ipotesi di acquisto costitutivo rientri nell'ambito di applicazione del § 265 ZPO; inequivocabilmente tra tutti si veda SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation im Zivilprozessrecht*, Koeln, 1987, 68 s.

482 Nella dottrina italiana non constano prese di posizione specifiche sul punto che non si risolvano nella più generale inclusione ovvero esclusione della successione costitutiva dall'ambito applicativo dell'art. 111 c.p.c.

Innanzitutto su tale conclusione dovrebbe convenire anche quella parte della dottrina che ravvisa quale tratto caratteristico dell'istituto in esame la perdita della legittimazione ad agire da parte del dante causa. In tal senso, del resto, depongono espressamente gli artt. 1000 e 2803 c.c.

Inoltre, anche per tali fattispecie⁴⁸³ ricorrono le medesime ragioni di tutela che costituiscono la *ratio* fondante dell'istituto in esame: evitare cioè che la controparte estranea alla successione, per effetto dell'atto dispositivo sul "diritto controverso", sia esposta alla necessità di dover iniziare il giudizio da capo o di doverne affrontare un secondo con il successore a titolo particolare, perdendo in ogni caso i risultati dell'attività processuale svolta fino a quel momento,⁴⁸⁴

Del resto, non sembra neanche potersi scorgere, tra le pieghe del codice di rito, un diverso trattamento processuale che risulti confacente alle ipotesi ora prese in considerazione. Da una parte, infatti, non soccorre certo in proposito la postulazione di una presunta efficacia riflessa della sentenza⁴⁸⁵ che vincoli il creditore pignoratizio o usufruttuario. Ed anche lo spazio di manovra lasciato aperto dall'art. 105, 2° comma, c.p.c. risulta eccessivamente angusto in considerazione del fatto che il successore a titolo particolare farebbe comunque valere un diritto proprio sulla medesima *res in iudicium deducta* – e non un mero interesse – che potrebbe tra l'altro risultare confliggente con quello del proprio autore⁴⁸⁶.

Se tali conclusioni sono corrette, non possono non discenderne rilevanti conseguenze anche da un punto di vista sistematico.

Innanzitutto essa appare idonea ad inficiare in radice l'affermazione di principio secondo cui la successione costitutiva sarebbe del tutto estranea all'ambito di applicazione dell'istituto della successione nel diritto controverso.

Invero, tale affermazione non faceva che generalizzare un dato caratteristico e costante delle situazioni di vantaggio inerenti a cose: quello di dar vita a posizioni giuridiche relativamente autonome in relazione all'oggetto del diritto (la *res*, appunto), seppur legate da un nesso di dipendenza giuridica. Il disconoscimento di tale caratteristica strutturale di fondo, insieme ad una acritica e unilaterale lettura dell'art. 111 c.p.c. secondo i postulati – che gli si ritenevano propri – della teoria della rilevanza, avrebbe condotto ad escludere l'applicazione di quest'ultimo nelle ipotesi in esame perché "la successione cd. costitutiva non fa venir meno la legittimazione del dante causa"⁴⁸⁷.

Ma una volta appurato che ciò puntualmente si verifica proprio nelle ipotesi in cui l'acquisto costitutivo coinvolga una situazione giuridica avente ad oggetto una prestazione generica, sembra inevitabile revocare in dubbio la perentorietà di quell'affermazione e ricondurla ad un mero difetto di visuale sul fenomeno indagato⁴⁸⁸.

483 Possono al riguardo immaginarsi due ipotesi prospettiche. Da una parte quella in cui il debitore sia convenuto in giudizio dal proprio creditore per ottenere il mero accertamento del proprio diritto o la condanna al pagamento; dall'altra quella in cui sia lo stesso debitore ad aver proposto domanda di accertamento negativo nei confronti del creditore.

484 Né alcun ausilio sembra prestare la tesi dell'efficacia riflessa della sentenza o del giudicato, dal momento che – nella fattispecie in esame – non si saprebbe neanche su quale argomento o norma fondare. Sul punto si ritornerà in seguito.

485 La quale, fra l'altro, in carenza dell'operatività delle norme sulla trascrizione – diversamente da quanto accade per la successione costitutiva su beni immobili – non si saprebbe neanche su quale principio fondare.

486 Tale conclusione si impone a maggior ragione in considerazione della necessità di dare applicazione alla peculiare disciplina contenuta negli artt. 1000, 2° comma, e 2803 ss. c.c. in caso di mancato accordo tra il costituente e il creditore pignoratizio o usufruttuario.

487 Così, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 152, sulla scia dell'impostazione di MEISTER, *Die Verausserung*, cit., 59

In secondo luogo – ma il punto in questa sede può essere solamente accennato – una volta accolte come ipotesi di successione nel diritto controverso anche le segnalate fattispecie di successione costitutiva, sembra incrinarsi la stringente necessità di identificare il “diritto controverso” con l’oggetto immediato del giudizio nel cui ambito si verifica la successione a titolo particolare. E’ evidente infatti che il diritto dell’usufruttuario e del creditore pignoratizio sul credito costituiscano situazioni di vantaggio del tutto diverse da quella di cui è titolare il costituente, sia dal punto di vista del contenuto che dell’interesse individuale.

In ultimo, e in senso ancor più radicale, sembra ormai di chiara evidenza come le interpretazioni storicamente riconducibili alla *Relevanztheorie*, incardinate su una malintesa trasposizione della nozione della perdita della “*Sachlegitimation*”, si dimostrino – almeno nella loro applicazione indifferenziata ad ogni situazione giuridica sostanziale – una ricostruzione sistematica inappagante dell’istituto della successione nel diritto controverso. Soprattutto in quanto si voglia con tale massima definirne – non solo il regime operativo, ma anche – l’ambito di applicazione in senso esclusivo e restrittivo.

In tale ottica, la teoria della rilevanza non farebbe altro che riproporre e reiterare, amplificandone la portata, il vizio originario che ne ha contraddistinto la nascita, quello cioè di essere stata elaborata *ex professo* nell’ambito della dottrina della cessione dei crediti. Sorta in tale ambito come teoria antagonista rispetto alle scelte operate dal legislatore tedesco ed impostasi nella giurisprudenza come chiave di lettura preferenziale del § 265 ZPO, la successiva indagine condotta dalla dottrina tedesca in merito al regime interno di quest’ultimo ispirato a quella teorica avrebbe provveduto solamente ad evidenziare, in via di osservazione puramente empirica, ciò che era il dato ricorrente e più appariscente di un atto di disposizione compiuto su posizioni sostanziali di natura obbligatoria: il venir meno della legittimazione ad agire del dante causa.

Con ciò si sarebbe creduto di aver individuato l’elemento caratterizzante e indefettibile dell’istituto in sé considerato. Applicato il medesimo principio a situazioni di vantaggio di consistenza reale, se ne sarebbe dedotto che – laddove non si fosse verificata la perdita della legittimazione ad agire e il dante causa non avesse potuto assumere le vesti del sostituto processuale del successore – il § 265 ZPO (e l’art. 111 c.p.c. con esso) non avrebbe dovuto trovare applicazione.

L’errore latente nella serie di passaggi logici sommariamente riassunti sarebbe stato proprio quello di dare per scontato che il differente atteggiarsi di situazioni di vantaggio di diversa natura in occasione di un trasferimento del diritto litigioso discendesse da un principio immanente nel § 265 ZPO e nell’art. 111 c.p.c., piuttosto che dall’intrinseca struttura delle prime. Al contrario, risulterà oramai di piena evidenza come la stessa alternativa tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* possa e debba essere riletta, anche in prospettiva storica, come il riverbero processuale del diverso atteggiarsi, nel processo ed in occasione del loro trasferimento, delle situazioni giuridiche autodeterminate ed eterodeterminate.

36. La legittimità della proposta rilettura dell’alternativa tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie*

Prima di dare compiuta formulazione alla proposta interpretativa prescelta – che già certo si intravede nei suoi contorni generali – e di esaminarne la concreta disciplina, appare opportuno sgombrare il campo da ogni dubbio residuo circa la possibilità di non considerare

488 Anzi, volendo generalizzare il discorso e rinvenire la causa dell’errore prospettico denunciato, quest’ultima può essere senza tema individuata nella distinzione che si è voluta instaurare tra una “successione in un rapporto avente elementi oggettivi identici a quello già dedotto in giudizio” e una “successione in un rapporto avente elementi oggettivi (oltre che soggettivi) diversi” (si veda PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 121 ss., in part. 134). Anche MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, 108, ritiene che la distinzione sia “priva di concreta consistenza”.

l'art. 111 c.p.c. – diversamente dal suo omologo tedesco – come necessariamente informato ad una preordinata lettura ispirata alla teoria della rilevanza piuttosto che a quella della irrilevanza.

Invero si è già rilevato come dai lavori preparatori al codice del '40 non possa evincersi una chiara scelta di campo del legislatore a favore dell'una ovvero dell'altra teoria e che, al più, i *conditores* si fossero limitati a dare veste legislativa alla disciplina formatasi sotto la vigenza del codice del 1865, in base all'interpretazione che ne andava offrendo la coeva dottrina.

Quanto a quest'ultima è invece chiaramente trapelato come la maggioranza degli interpreti non avesse esatta contezza dei termini del dibattito che si conduceva in Germania, ovvero muovesse da un aperto fraintendimento del fondamento stesso di quell'alternativa. Al di là infatti del dato prettamente formale per cui si sarebbe definita la posizione del dante causa come quella di un sostituto processuale, non può non ricevere la dovuta considerazione la circostanza che il fondamento dell'intera disciplina riposasse su di un'argomentazione – la retroattività degli effetti della sentenza al momento della domanda giudiziale⁴⁸⁹ – inscindibilmente connaturata alla teoria della irrilevanza. Senza considerare, poi, la posizione di quegli autori, più avvertiti del dibattito che si stava svolgendo in Germania in relazione al § 265 ZPO, che apertamente propendevano per l'accoglimento di quest'ultima.

In relazione invece al dato letterale, è pur vero che l'art. 111 c.p.c. non contiene – diversamente dal § 265 ZPO – un riferimento testuale che consenta di inferirvi espressamente un meccanismo imperniato sulla irrilevanza del trasferimento verificatosi in corso di causa. Tuttavia non sembra incontrarsi alcuna difficoltà nel considerare implicita tale soluzione interpretativa nella stessa nozione di “diritto controverso” contenuta al primo comma della norma in esame. Infatti gli elementi rilevanti che congiurano verso l'applicazione dell'una o dell'altra delle contrapposte letture sono stati ricavati direttamente dalle caratteristiche strutturali delle situazioni di vantaggio di volta in volta considerate, e dunque proprio in relazione a quel “diritto controverso” intorno a cui ruota la disciplina dell'art. 111 c.p.c.

D'altra parte, se la distinzione tra diritti autodeterminati ed eterodeterminati si è potuta enucleare all'ombra delle scarse disposizioni contenute nell'art. 163, nn. 3 e 4, c.p.c. essa tanto più si impone in un settore – come quello del trasferimento dei diritti litigiosi – in cui il fenomeno processuale sembra emergere a più stretto contatto con la concreta realtà del diritto materiale.

Le considerazioni svolte giustificano la possibilità di ritenere sia la teoria della rilevanza che quella della irrilevanza astrattamente compatibili sia con l'origine storica della norma sia con il suo tenore letterale, e consentono ora di precisare la conclusione cui si è pervenuti e che mette capo a una *lettura differenziata dell'istituto in esame*.

Il principio generale in relazione al meccanismo sotteso alla successione nel diritto controverso può essere formulato nel modo seguente. Ogni qualvolta nel complessivo fenomeno indagato venga in rilievo una cosa (*res*) – o perché essa sia l'oggetto del trasferimento in corso di causa⁴⁹⁰, ovvero perché questa sia coinvolta dal processo e dunque dagli effetti del provvedimento richiesto⁴⁹¹ – sono gli stessi elementi di struttura delle situazioni di vantaggio che possano ad essa inerire ad impedire di interpretare l'istituto in esame alla luce della teoria

489 Tale, come si è visto, era l'opinione di CARNELUTTI, *Efficacia diretta*, cit., 477; Id., *Sistema*, cit., I, 294; CHIOVENDA, *Principii*, cit., 138; ID., *Sulla “perpetuatio jurisdictionis”*, cit., 274, 276. In progresso di tempo la medesima posizione verrà fatta propria da una parte della dottrina italiana per spiegare il fondamento logico e la funzione della trascrizione delle domande giudiziali, si veda sul punto: Gorla, *Revisione critica del tema delle nuove trascrizioni*, 442 ss.; Mengoni, *L'acquisto a non domino*, cit., 99 ss.; Id., *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, cit., 300 ss.; Zignoni, *Sulla trascrizione delle impugnazioni degli atti giuridici*, in *Foro pad.*, 1951, III, 131; Verde, *Il pignoramento*, cit., 298 ss.; Colesanti, *Trascrizione della domanda e sequestro del bene alienato pendente lite*, cit., 251.

490 Ciò che tiene conto della prima caratteristica di struttura rilevata dei diritti autodeterminati, quella cioè della irripetibilità della medesima situazione tra le stesse parti.

della rilevanza, imponendo per converso di ritenere operante una delle varianti interpretative della *Irrelevanztheorie*.

In questa sede e per il momento non interessa tanto prendere partito per l'una o per l'altra di tali teoriche, il cui dato caratteristico comune è comunque quello di parificare la successione verificatasi in corso di lite ad una occorsa *post rem judicatam*. Quel che invece importa rilevare è che dall'applicazione di una qualunque di esse risulteranno superate in radice quelle incongruenze che derivavano all'istituto in esame dall'impiego, in riferimento ai diritti autodeterminati, dei postulati propri della *Relevanztheorie* e dalla necessità di inquadrare nei ristretti schemi della sostituzione processuale l'operatività del § 265 ZPO e dell'art. 111 c.p.c.

Quanto poi al profilo – peraltro prettamente nominalistico – dell'inquadramento formale nelle ipotesi in esame della posizione processuale del dante causa, può considerarsi l'opportunità di identificare quest'ultimo con una figura peculiare di legittimato straordinario, il quale prosegue il giudizio in forza di una eccezionale *perpetuatio legitimationis* a questi direttamente conferita dall'art. 111 c.p.c.⁴⁹²

Al contrario per le obbligazioni generiche e, tra di esse in particolare, per le prestazioni aventi ad oggetto una somma di denaro (dunque, per esempio, in ipotesi di cessione del credito e di surrogazione convenzionale e legale) non si impone la medesima scelta obbligata, ed entrambe le chiavi di lettura dell'istituto in esame si dimostrano perfettamente percorribili. Tuttavia, una considerazione sistematica induce ad assumere una posizione differenziata tra l'ordinamento italiano e quello tedesco.

Per quanto riguarda quest'ultimo, la particolare disciplina della *Forderungsabtretung* colà vigente, nonché le vistose problematiche applicative affioranti nella più recente giurisprudenza tedesca del BGH *in subjecta materia*, congiurano verso un recupero della primitiva *ratio legis* sottesa al § 265 ZPO, e dunque per un ritorno all'applicazione della *Irrelevanztheorie*, in conformità del resto al tenore letterale del § 265 ZPO⁴⁹³ nonché alla volontà del legislatore storico tedesco.

Quanto all'ordinamento italiano, invece, il ricorrente argomento secondo cui i diritti di credito esibirebbero una maggiore sensibilità all'elemento personalistico del rapporto obbligatorio modificato a seguito della cessione⁴⁹⁴ – unito alla considerazione che la disciplina sostanziale di quest'ultima (in particolare gli artt. 1264 e 1265 c.c.) già appresta al debitore una preliminare forma di tutela contro fraudolente e reiterate cessioni operate dal creditore – potrebbe consigliare di mantener ferma un'interpretazione dell'istituto ispirata alla *Relevanztheorie*. La complessità della questione, tuttavia, richiede che siano adeguatamente vagliate le condizioni di possibilità in virtù delle quali dale interpretazioni si renda effettivamente percorribile⁴⁹⁵.

Dunque, riassumendo, in riferimento all'art. 111 c.p.c., la proposta interpretativa che si formula è quella di differenziare il trattamento processuale della successione nel diritto controverso a seconda dei caratteri della situazione sostanziale controversa ovvero trasferita in pendenza di giudizio. In ciò risiede un primo motivo di distinzione della presente ricostruzione

491 Tale requisito è invece imposto per dar conto della caratteristica delle situazioni di vantaggio inerenti alle cose: quella di essere tra di loro compatibili.

492 Satta; Tommaseo

493 § 266 ZPO

494 Ci si vuol riferire al ricorrente argomento, impiegato per delegittimare la *Irrelevanztheorie*, secondo cui il debitore, all'esito della cessione del credito controverso, sarebbe posto nella fattuale impossibilità di assolvere alla propria obbligazione dal momento che il pagamento al cedente sarebbe sicuramente rilevante nel processo ma non sortirebbe effetti liberatori nei confronti del cessionario; mentre, al contrario, il pagamento al cessionario sarebbe dal punto di vista del diritto sostanziale effettivamente liberatorio, ma destinato a restare irrilevante nel processo.

495 Sul punto si tornerà nei paragrafi seguenti.

rispetto a quelle teoriche che riconducono indistintamente il regime operativo interno dell'istituto in esame all'una piuttosto che all'altra chiave di lettura. Nel contempo, il regolamento di confini operata dei rapporti tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* si propone come una precisazione rispetto all'opzione interpretativa che le vorrebbe ritenere applicate sulla base del diverso lato del rapporto processuale ove si verifichi la successione.

Nei paragrafi che seguiranno si renderà necessario vagliare la tenuta della ricostruzione prospettata, in riferimento alla concreta disciplina processuale delineata dall'art. 111 c.p.c.

37. La tenuta della *Relevanztheorie* nelle successione particolare nel credito

Si è dunque prospettata la possibilità di continuare a ritenere operante, nelle dinamiche applicative dell'art. 111 c.p.c., la teoria della rilevanza allorché il fenomeno della successione nel diritto controverso coinvolga una situazione sostanziale obbligatoria, segnatamente nell'ipotesi di cessione del credito nonché nelle fattispecie ad essa sostanzialmente equiparabili. Tra queste ultime possono essere con sicurezza annoverate, ad esempio, la surrogazione convenzionale (1201 c.c.) e quella legale (1203 c.c.; si pensi alla surrogazione dell'assicuratore prevista dall'art. 1916 c.c.)⁴⁹⁶ nonché le ipotesi della cessione dei beni ai creditori, allorché tra i beni ceduti risultino crediti controversi ai sensi dell'art. 1978, 2° comma, c.c., nonché il *factoring* regolato dalla l. 21 febbraio 1991, n. 52⁴⁹⁷.

Si tratterà ora di sondare la tenuta della proposta interpretativa formulata per valutarne anche le condizioni per la concreta applicabilità e, soprattutto, il suo regime operativo⁴⁹⁸.

Il problema preliminare che si pone è quello di raffrontare la disciplina sostanziale della cessione del credito con l'istituto della successione nel diritto controverso interpretato alla luce della teoria della rilevanza. In particolare, si tratta di coordinare il referente temporale rilevante al fine del perfezionarsi della fattispecie della cessione del credito – e della sua opponibilità al debitore (art. 1264 c.c.) – con le dinamiche procedurali di un processo pendente, e dunque con i referenti temporali costituiti, rispettivamente, dalla litispendenza e dai limiti temporali del giudicato.

Il primo dei due profili segnalati relativo al perfezionamento della cessione del credito mette capo a una questione invero piuttosto trascurata dalla letteratura processualistica⁴⁹⁹, mentre è stata oggetto di vivace dibattito in seno alla dottrina civilistica. Si tratta del problema interpretativo scaturente dalla necessità di coordinare la generale disciplina del contratto ad effetti reali (1376 c.c.) – cui anche la cessione del credito certamente appartiene⁵⁰⁰ – con il significato che può assumere, anche da un punto di vista processuale, la disposizione contenuta

496 In generale, per l'applicazione dell'art. 111 c.p.c. ad ogni ipotesi di surrogazione, si vedano GIANOLA, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, XIX, Torino, 2001, 233 ss., in part., 235; CAGNASSO, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993, 1; DE MARINI, *La successione*, cit., 76 ss.

497 Al contrario, l'istituto della successione nel diritto controverso non dovrebbe trovare applicazione nelle ipotesi di successione dal lato passivo nel debito.

498 Nel proseguo, per questioni di praticità, si farà prevalentemente riferimento alla disciplina della cessione del credito, avvertendosi sin d'ora che le considerazioni e le valutazioni che si proporranno potrebbero variare in considerazione della diversa disciplina sostanziale dell'atto di trasferimento.

499 Le uniche considerazioni al riguardo si rinvencono in SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, cit., 421, secondo il quale, nell'ambito del procedimento monitorio, l'art. 111 c.p.c. dovrebbe operare nell'ipotesi di cessione dopo la notifica del decreto ingiuntivo. Più in generale si veda sul punto DE MARINI, *Successione nel diritto controverso*, cit., 67 ss., per il quale se per il debitore la cessione “non ha efficacia” ai sensi dell'art. 1264 c.c. – perché, ad esempio, non gli è stata notificata – allora anche “rispetto al processo la cessione non ha rilevanza alcuna”.

500 Cfr. tra tutti DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, 2002, 295: “La determinazione della fattispecie traslativa del credito propone un'alternativa da cui il legislatore non può sfuggire : conformarla in modo identico a quella dettata per i diritti reali – in tal modo privilegiando gli aspetti di unità concettuale, e poi sistematica, dell'atto di disposizione tout court – ovvero da questa differenziarla in tutto o in parte, arricchendone i tratti morfologici in funzione di tutela del debitore”.

nell'art. 1264, 1° comma, c.c. secondo cui “la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l’ha accettata o quando gli è stata notificata”⁵⁰¹.

La questione ha dato vita ad una serie variegata di ricostruzioni, che non risulta possibile in questa sede riferire nella completezza che richiederebbero⁵⁰². Secondo una prima e diffusa opinione dovrebbe ritenersi che l’effetto traslativo sul credito tra cedente e cessionario si verifichi “per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato” giusta la previsione dell’art. 1376 c.c., ma che ciò non basti a rendere il trasferimento opponibile al debitore, dovendosi a tal fine notificare a quest’ultimo la cessione ovvero provocarne l’accettazione ai sensi dell’art. 1264 c.c.⁵⁰³.

Secondo una diversa ricostruzione invece l’art. 1264, 1° comma, c.c. si limiterebbe a tutelare la buona fede del debitore e, in tale ottica, si risolverebbe in una sostanziale riproposizione del principio sotteso all’art. 1189, 1° comma, c.c. in materia di pagamento al creditore apparente⁵⁰⁴.

Si tratta, tuttavia, di una interpretazione difficilmente conciliabile con il tenore letterale della disposizione in commento, tale da attribuirle una *ratio* che sembra del tutto sconosciuta al senso fatto palese dal significato proprio delle parole⁵⁰⁵. Vero è che la riferita impostazione assume quale ipotesi tipica di applicazione della norma – nonché quale paradigma per la sua

501 Sotto il vigore del codice del 1865 la questione era risolta ex lege dall’art. 1538, I comma, cod. civ. 1865, in base al quale “la vendita o cessione di un credito, di un diritto o di un’azione è perfetta, e la proprietà se ne acquista di diritto dal compratore o cessionario al momento che si è convenuto sul credito o sul diritto da cedere e sul prezzo, quantunque non ne sia trasferito il possesso”. Su tale disposizione, si veda PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V.1, 5ª ed., Firenze, 1921, 414 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, VI, 7ª ed., Torino, 1927, 67 ss.; CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, 2ª ed., Napoli-Torino, 1923, 678 ss. Deve segnalarsi come, già sotto la vigenza del codice previgente, si era venuta enucleando un orientamento dottrinario secondo il quale – andando ben al di là di quanto il tenore dell’art. 1538, I comma, non consentisse – il trasferimento del credito si sarebbe verificato non al momento del perfezionamento del negozio di cessione ma solo a seguito della notificazione della cessione al debitore ceduto o dell’accettazione di essa da parte di quest’ultimo. In tal senso CARNALUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 57 s.; 110 ss.; ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino, 1939, 14; DI PACE, *Il pegno dei crediti*, Padova, 1939, 44, nt. 3; PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, *Delle obbligazioni in generale*, 3ª ed., I, Padova, 1941, 349 ss.

502 Si è per esempio sostenuto che il contratto di cessione produrrebbe meri effetti preliminari, operandosi il trasferimento solo con il perfezionamento della fattispecie prevista dall’art. 1264 c.c. sul punto cfr. Allara

503 In tal senso, PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., 414 ss.; CUTURI, *Della vendita*, cit., 678; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 5ª ed., Milano-Messina, 1941, 189 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 3ª ed., IV, 2, Milano, 1955, 47 ss.; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1946, 254 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 271 s.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile commerciale*, 9ª ed., III, Milano, 1959, 248 ss.; GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 353 nt. 208, 266 nt. 227, 371 nt. 240; GRAZIADEI, *La notificazione al debitore ceduto come condizione di efficacia della cessione dei crediti nei confronti dei terzi*, BBTC, 1962, II, 346 ss., in part. 351 ss.; MICCIO, *I diritti di credito*, I, Torino, 1971, 342 ss.

504 In tal senso, di recente, LAMBRINI, *sub art. 1264*, in GABRIELLI, *Commentario del codice civile*, Torino, 2013, 759, secondo cui “tale disciplina rappresenta il contemperamento tra l’efficacia reale del contratto di cessione e l’esigenza di tutelare la buona fede del debitore ceduto”. Nello stesso senso, VECCHI, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in LIPARI/RESCIGNO, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 347; BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, 583; ID., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 7 ss., 23 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente (con particolare riferimento alla cessione dei crediti)*, Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1968, 1314 ss.; BIGLIAZZI GERI/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 215; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 163.

505 Ritengono infatti che solo il secondo comma dell’art. 1264 c.c. sia riconducibile alla regola del creditore apparente, mentre il primo comma riguarderebbe la legittimazione a riscuotere dell’acquirente, CARRARO, *Recensione a Panuccio, La cessione volontaria dei crediti*, in Riv. Dir. Civ., 1957, 117 ss., 119 s.; SCHLESINGER, *Invalidità o inefficacia della cessione del credito e posizione del debitore ceduto*, Dec, 1958, 233 ss., 234 s.

stessa interpretazione – quella del pagamento effettuato dal debitore al cedente prima di venire a conoscenza dell'avvenuta cessione.

Senza considerare come una simile opzione ermeneutica porterebbe ad appiattare l'interpretazione dell'art. 1264 c.c. fino a farla di fatto coincidere con quella del § 407 BGB, che – espressamente – contiene una norma di tutela del(la buona fede del) debitore a fronte dell'immediata efficacia dell'atto di trasferimento del credito⁵⁰⁶. Al contrario, invece, il senso della riferita disposizione del codice civile, già ad una superficiale lettura, appare suscettibile di una interpretazione ben più ampia, e proprio nel caso di cessione del credito in pendenza del giudizio per farlo valere se ne ha la riprova più appariscente.

Così, nell'ipotesi da ultimo prefigurata, sembrerebbe difficile negare che il risultato dell'operare di tale norma – che rende *senza effetto* la cessione nei confronti del debitore finché questi non sia notiziato dell'avvenuta cessione – congiuri già di per sé nell'escludere qualunque rilevanza del fenomeno successorio nel corso del processo fintanto che non risultino adempiute le formalità previste dall'art. 1264 c.c.⁵⁰⁷. E se tale momento risulti successivo al referente temporale del giudicato, sembra altrettanto indubitabile dover equiparare la cessione ad un trasferimento avvenuto *post rem judicatam*, e di qui l'alternativa: la sentenza di rigetto della domanda del cedente dovrebbe ritenersi pienamente opponibile al cessionario in virtù del combinato disposto degli artt. 1264 e 2909 c.c. Al contrario, in ipotesi di accoglimento della domanda, la questione dell'intervenuta successione esulerebbe dal limite temporale di efficacia del giudicato e il debitore potrà – e dovrà – efficacemente opporsi all'eventuale iniziativa esecutiva intrapresa dal cedente, mentre sarà il cessionario a potersi avvalere, anche a fini esecutivi (art. 475, 2° comma, c.p.c.), della sentenza, impregiudicata comunque ogni questione relativa alla validità dell'intervenuta cessione.

Ne dovrebbe discendere che la condizione per dare applicazione all'istituto della successione nel diritto controverso in base alla disciplina indagata – onde ritenere che la cessione sia avvenuta in pendenza di lite – risiede nella circostanza che la complessiva fattispecie prevista dall'art. 1264 c.c. si sia perfezionata entro e non oltre l'udienza di precisazione delle conclusioni. Di qui, la possibilità di inferire che il debitore sarà sempre reso avvertito della cessione che il creditore abbia effettuato delle proprie ragioni in corso di giudizio, e sarà dunque in grado, e forse anche onerato⁵⁰⁸, di allegare – non tanto la cessione in sé stessa, quanto – l'avvenuta notificazione che abbia ricevuto e, con ciò, di far acquisire al perfezionamento dell'atto dispositivo nei suoi confronti piena rilevanza anche all'interno del processo.

Dunque, da un punto di vista processuale, il significato che assume nell'ordinamento italiano una disposizione come quella dell'art. 1264, 1° comma, c.c., può essere rinvenuto nel conferire autonoma rilevanza giuridica alla fattispecie in essa delineata (l'avvenuta notifica della cessione) in vista del giudizio di sopravvenienza rispetto al referente temporale della litispendenza o del giudicato⁵⁰⁹.

506 Il § 407 BGB, rubricato “*Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger*”, stabilisce al primo Absatz che “*Der neue Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt*”.

507 In questo senso, del resto, già DE MARINI, *Successione nel diritto controverso*, cit., 67 ss.

508 Potrebbe congetturarsi, al riguardo, quale sia l'esito di un eventuale difetto di eccezione da parte del debitore

509 In questo senso sembrano deporre anche le parole di CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 128 s.: secondo il quale “La nozione di rilevanza postula il riferimento ad un criterio di valutazione che sussuma il fatto sopravvenuto sotto un modello normativo e ne ricavi le conseguenze giuridiche”

Ora, se si ritiene – come sembra necessario fare – che quello contenuto nell’art. 1264, 1° comma, c.c. costituisca principio generale applicabile ad ogni ipotesi di trasferimento di una situazione sostanziale creditoria⁵¹⁰, non può contestarsi come già *ex sistema* – ricavato quest’ultimo dalle norme di diritto materiale che presiedono alla disciplina della cessione dei crediti, nonché dall’art. 111 c.p.c. e da i principi generali in materia di giudicato – sembri emergere il quadro di un complessivo statuto della successione in situazioni sostanziali controverse di natura obbligatoria, capace di armonizzarsi con l’operatività della *Relevanztheorie*⁵¹¹.

Proprio la presenza di una norma come quella contenuta nell’art. 1264, 1° comma, c.c. impedisce che si verifichino in Italia i vistosi inconvenienti a cui ha dato luogo nel recente passato l’applicazione della *Relevanztheorie* nell’ordinamento tedesco⁵¹².

In tali ipotesi, dunque, la teoria della rilevanza – costruita sulla qualificazione del dante causa quale sostituto processuale del successore – si dimostra soluzione interpretativa preferibile ed appagante per il fenomeno indagato, potendo fra l’altro trovare applicazione anche nel caso in cui la cessione del credito si verifichi dal lato passivo del rapporto processuale, allorché – in ipotesi – il creditore sia convenuto dal debitore per l’accertamento negativo di un credito non ancora scaduto ed il primo ceda a terzi il credito controverso.

38. Ancora sulla *Relevanztheorie*: la divergenti applicazioni tra Germania e Italia e la relativa disciplina processuale

Prima di passare all’esame delle dinamiche applicative dell’istituto in esame nelle ipotesi in cui si ritiene operativa la *Irrelevanztheorie*, occorre ancora esaminare più da vicino le diverse chiavi di lettura con cui la teoria della rilevanza sembri di fatto intesa in Italia e in Germania.

Nel primo capitolo del presente lavoro è infatti emerso come, nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche, almeno da un secolo a questa parte⁵¹³, con la dizione “*Relevanztheorie*” si definisca un regime della successione nel diritto litigioso, localizzata dal lato attivo del rapporto processuale, ispirato alla piena rilevanza, sia cognitiva che decisoria, del fenomeno successorio all’interno del processo. Punti fermi di tale lettura sono costituiti dall’onere di modificare la domanda a favore del successore da parte dell’attore – pena il rigetto della domanda rimasta immutata – il quale resta pertanto legittimato a proseguire il giudizio nella

510 Il punto in realtà è contrastato in dottrina, ma – al di là di ricostruzioni dommatiche variamente argomentate – non si scorgono motivi per ritenere il contrario. Invero, il principio contenuto nell’art. 1264, 1° comma, c.c. è ribadito dall’art. 2914 n. 2), c.c. in materia di pignoramento, nonché dall’art. 1407, 1° comma, c.c. in riferimento alla cessione del contratto; e risulta espressamente richiamato dall’art. 1978, 2° comma, c.c. in materia di cessione dei beni ai creditori. Quanto al *factoring*, è lo stesso art. 5 della l. 21 febbraio 1991, n. 52 – che pur introduce un nuovo criterio di opponibilità della cessione nei confronti dei terzi, subordinandola al pagamento del corrispettivo munito di data certa – a stabilire che “è fatta salva l’efficacia liberatoria secondo le norme del codice civile dei pagamenti eseguiti dal debitore a terzi”. Il riferimento, nella specie, al principio fissato dall’art. 1264 c.c. sembra indiscutibile, il che sembra costituire argomento a favore della stringente formulazione della norma che parla solo dell’efficacia liberatoria dei pagamenti.

511 Cfr. al riguardo tra i tanti Eccius, De Marini; Luiso.

512 Si è visto infatti che i §§ 398 ss BGB non condizionano l’efficacia della cessione del credito nei confronti del debitore alla conoscenza che quest’ultimo abbia dell’intervenuto trasferimento: ciò che permette che questa si perfezioni anche in pendenza di giudizio senza che il debitore sia posto in condizione di eccepirla. In tal modo, in virtù di una disciplina della successione del diritto controverso interpretata alla luce della *Relevanztheorie*, il debitore corre il rischio – come concretamente avvenuto – di ritrovarsi esposto alla duplice iniziativa esecutiva del cedente e del cessionario, impossibilitato nei confronti di entrambi di opporsi efficacemente all’esecuzione in virtù della preclusione derivante dal giudicato.

513 Per un approfondimento dei singoli passaggi che hanno portato al prevalere della *Relevanztheorie* sulla *Irrelevanztheorie* si vedano i parr. del precedente capitolo

veste di sostituto processuale fino alla sentenza finale che verrà pronunciata direttamente a favore dell'avente causa⁵¹⁴.

Nulla di tutto ciò è dato, invece, riscontrare nella prassi applicativa italiana, dove sotto la formula “teoria della rilevanza” viene invece ricondotto dalla dottrina⁵¹⁵ il prevalente orientamento della giurisprudenza che non pare neanche più interrogarsi sulla rilevanza – quanto meno cognitiva – del fenomeno successorio nel processo, dandola per lo più per scontata. Infatti, a quanto consta dalle pronunce emesse in questa materia, all'esito dell'allegazione di un fenomeno successorio nel diritto litigioso verificatosi in corso di causa, il trasferimento viene puntualmente registrato nel tenore della pronuncia giudiziale e collocato precisamente nel contesto della motivazione. Al contrario, e nonostante si continui a qualificare almeno formalmente la posizione del dante causa come quella di un sostituto processuale che resta in giudizio per conto dell'acquirente, non sembra che – a parte alcune autorevoli opinioni formulate in dottrina – sia mai stata richiesto o imposto un atto formale di modifica della domanda.

Simmetricamente, il dispositivo della sentenza emessa all'esito di un processo interessato da un trasferimento del diritto litigioso, nonostante l'intervenuta allegazione, continua ad essere pronunciato tendenzialmente nei riguardi del solo dante causa⁵¹⁶; mentre “può” essere intestato direttamente a favore del cessionario in qualità di successore a titolo particolare solo a condizione che questi sia intervenuto nel processo⁵¹⁷ e che il dante causa vi consenta anche solo implicitamente⁵¹⁸ o che sia stato estromesso dal giudizio⁵¹⁹, ovvero – ancora – che sia insorta tra cedente e cessionario controversia in ordine alla validità e consistenza dell'intervenuta cessione e il giudice l'abbia decisa in sentenza⁵²⁰.

Si tratta in realtà di un aspetto differenziale della disciplina “pretoria” della successione nel diritto controverso che evidenzia il diverso approccio che, per ragioni storiche, l'istituto in esame riceve nell'ambito dei due rispettivi ordinamenti. Si è già rilevato come una parte della

514 Si veda, al riguardo, il par. del primo capitolo. Per tale lettura della successione dal lato attivo del rapporto processuale si veda invece, nella dottrina tedesca, SCHUMANN/LEIPOLD, § 325, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Bd., 19. Aufl., Tübingen, 1968, 1066 s.; SCHUMANN, § 325, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. Bd., 21. Aufl., Tübingen, 1996, 259, RdNr. 40; ROTH, § 265, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Bd., 23. Aufl., Tübingen, 2016, 411 ss., RdNr. 20; BECKER-EBERHARD, § 265, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 1. Bd., 5. Aufl., München, 2016, 1606, RdNr. 83; ASSMANN, § 265, in WIEZCUREK, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar*, 4. Bd., 4. Aufl., 2017, 250, RdNr. 85.

515 Così, per esempio WIDMANN, *La successione*, cit.,

516 Cass., 27 febbraio 1998, n. 2219; Cass., 5 febbraio 1991, n. 1094, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 1169, nonché in *Arch. Giur. Circolaz.*, 1991, 473; Cass., 6 giugno 1983, n. 3868; Cass., 28 ottobre 1981, n. 5641. Per la giurisprudenza di merito: Trib. Firenze, Sez. II, 24 marzo 2017; App. Napoli, Sez. I, 29 aprile 2008. Tale orientamento è affermato anche in ipotesi di successione dal lato passivo; si veda al riguardo Cass., 7 febbraio 2017, n. 3236, secondo cui “la condanna alla demolizione totale o parziale di un immobile edificato senza il rispetto della disciplina delle distanze, che il convenuto abbia alienato in corso di causa, deve essere pronunciata nei confronti del solo acquirente, qualora costui sia intervenuto o sia stato chiamato nel giudizio instaurato nei confronti del suo dante causa”. Il requisito della necessaria partecipazione al giudizio del cessionario per ottenere una sentenza che venga pronunciata espressamente a suo nome emerge da altri arresti della suprema Corte; si veda – ad esempio – Cass., 9 ottobre 2013, n. 22918, che arriva a configurare un autonomo motivo di impugnazione promuovibile da parte del cessionario, nel caso in cui la sentenza risulti emessa nei suoi confronti pur non avendo partecipato al giudizio e sia stato erroneamente identificato con il cedente.

517 In tal senso Cass., 17 gennaio 1998, n. 379; Cass., 3 novembre 1986, n. 6418

518 Cass., 3 novembre 1986, n. 6418

519 Cass., 22 luglio 1991, n. 8168, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 1991, 891 ss.; Cass., 7 aprile 1986, n. 2405, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 1267, nonché in *Foro it.*, 1985, I, 1267; Cass., 29 ottobre 1971, n. 3076, in *Foro it.*, 1972, I, 1674; 1679 ss.

520 Trib. Roma

dottrina tedesca non esiterebbe a qualificare la prassi applicativa che si rinviene nei repertori di giurisprudenza italiani come una forma attenuata di *Irrelevanztheorie*⁵²¹. Ed è d'altronde emblematico come il generale disinteresse dimostrato dagli interpreti italiani in relazione alla necessità di modificare la domanda a seguito del trasferimento del diritto controverso, abbia suscitato censure in una parte della dottrina tedesca⁵²². Di qui, la proposta interpretativa autorevolmente formulata di considerare – nelle dinamiche applicative dell'art. 111 c.p.c. ispirate alla teoria della rilevanza – la domanda come modificata per effetto della mera allegazione dell'evento successorio⁵²³.

Ora, della riferita *querelle* non interessava certo evidenziare il profilo – puramente terminologico – circa la più opportuna definizione del meccanismo sotteso all'istituto in esame, quanto semmai rilevare come la prassi radicata nella giurisprudenza italiana – che a prima vista sembrerebbe ispirarsi a criteri ed esigenze puramente pratiche ed empiriche – stempera apparentemente il contrasto teorico tra le contrapposte interpretazioni dell'istituto in esame. Tuttavia non è da credere che con ciò risulti interamente superata l'antica diatriba, e per rendersene conto basta discendere ad esaminare nel concreto l'operatività dell'istituto in esame in caso di successione in un credito controverso.

Si è visto come alcuni principi cardine dell'ordinamento italiano (in particolare l'art. 1264 c.c. e i principi generali relativi in materia di giudicato) convergano ad escludere la rilevanza di un fenomeno successorio in un credito controverso che non sia stato adeguatamente portato a conoscenza del debitore nel corso del processo⁵²⁴. Con ciò risulta a monte soddisfatto l'interesse del debitore a conoscere eventuali modificazioni soggettive intervenute dal lato attivo del rapporto obbligatorio. Se ne è dedotto che – in un modo o nell'altro – il trasferimento nella titolarità del credito sarà per forza di cose destinato ad emergere in sede processuale, al più – se non per l'allegazione del medesimo creditore – in via di eccezione proposta da parte dello stesso debitore⁵²⁵.

Ora, non è chi non veda come, in costanza di una simile disciplina, la necessità di postulare un meccanismo operativo sotteso all'art. 111 c.p.c. – comunque lo si voglia astrattamente giustificare – volto a rendere irrilevante agli occhi del giudice l'avvenuta cessione si dimostrerebbe, nel caso di specie, in contrasto non solo con il principio di economia e concentrazione dei giudizi, ma anche con lo stesso interesse delle parti a vedere valorizzato quel segmento di procedimento giudiziario che si pone a valle del fenomeno successorio allo scopo di dirimere tutte quelle questioni di merito che possano venire sollevate in conseguenza della modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio⁵²⁶. Queste ultime, del resto, in quanto riferibili oramai alla sola persona del successore, saranno costituite per lo più da eccezioni aventi ad oggetto fatti, potenzialmente a rilievo estintivo o modificativo del “diritto controverso” già trasferito, posti in essere dal successore a seguito del trasferimento

521 Così

522 Si veda in tal senso la critica mossa da Grunsky a De Marini

523 In tal senso CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 459

524 Si tratta delle conclusioni a cui si è pervenuti nel corso del paragrafo precedente a partire dal disposto dell'art. 1264 c.c. e dall'analisi

525 Cfr. il paragrafo precedente. Ciò si è potuto affermare sulla base dell'assunto che gli operatori giuridici – nel caso di specie, le parti – si comportino in modo razionale.

526 Si dà ovviamente per scontato che, a seguito dell'inveramento della fattispecie prevista dall'art. 1264, 1° comma, c.c., il debitore non potrà più validamente adempiere nelle mani del cedente, né che possa far valere nei confronti di quest'ultimo fatti a rilevanza modificativa o estintiva del credito fatto valere – eccezione fatta per la compensazione nell'ipotesi prevista dall'art. 1248 c.c. - dato che oramai questo è stato trasferito al cessionario. Resterà invece impregiudicata la facoltà del debitore ceduto di opporre al cessionario tutte le eccezioni aventi ad oggetto fatti ab origine impeditivi della pretesa azionata che avrebbe potuto opporre allo stesso cedente.

(pagamento, remissione, novazione, etc.)⁵²⁷ le quali – se fondate – condurranno inequivocabilmente ad una dichiarazione di intervenuta cessazione della materia del contendere. In tali ipotesi non può certo escludersi a priori che il processo possa proseguire nella sua compagine soggettiva originaria e che il cedente assuma pertanto le vesti del sostituto processuale dell'avente causa.

Discorso in parte diverso, invece, deve essere fatto nell'ipotesi in cui il debitore voglia opporre nei confronti del successore un proprio credito in compensazione, ovvero altra domanda riconvenzionale o ancora – seppure si stenti a trovare esempi che non siano inclusi nei precedenti – altre eccezioni di carattere sostanziale rivolte contro l'avente causa. In tali casi è di chiara evidenza che l'oggetto del processo *muti radicalmente* non facendo più solo riferimento al rapporto obbligatorio originariamente dedotto in giudizio, e che quindi si imponga, ad onere della parte che lo richieda, quantomeno una integrazione della compagine soggettiva delle parti del processo⁵²⁸.

Tutto ciò ovviamente impregiudicata la possibilità che il successore nel diritto controverso intervenga volontariamente o sia chiamato a partecipare al procedimento, anche al di là delle stringenti necessità da ultimo segnalate, facendo concretamente valere quelle facoltà che il 3° comma dell'art. 111 c.p.c. gli riserva; in una parola esercitando incidentalmente la sua azione in senso semi-astratto o formale.

Se la tratteggiata disciplina risulta effettivamente quella oggi applicata in Italia, allora non può esservi il minimo dubbio che questa possa definirsi come ispirata alla teoria della rilevanza, almeno nel significato primitivo in cui questa era originariamente intesa, ovvero nel senso di escludere qualsiasi meccanismo di fittizia equiparazione della cessione in corso di lite ad un trasferimento intervenuto *post rem judicatam*⁵²⁹.

39. (segue): Il mito della modificazione della domanda

Le considerazioni svolte miravano a dimostrare come la mancata imposizione di un onere di modificare la domanda giudiziale non deve ritenersi preclusiva della possibilità di considerare la prassi applicativa italiana relativa alla successione lite pendente in una situazione sostanziale di natura obbligatoria come una delle varianti riconducibili, storicamente, alla comune matrice della *Relevanztheorie*.

Al contrario, il *modus operandi* adottato dalla giurisprudenza italiana – ancorché di primo acchito possa ritenersi ispirato ad esigenze concrete e di schietto pragmatismo – appare in grado di offrire un temperamento appagante degli interessi dei soggetti partecipanti al complesso fenomeno indagato, nonché di quello pubblico ad una corretta e funzionale amministrazione della giustizia. Piuttosto, è la stessa necessità di imporre o intravedere ad ogni costo – tra le pieghe dell'art. 111 c.p.c. – un atto formale o implicito di modificazione della domanda, che non sembra trovare rispondenza, almeno nell'ordinamento italiano, in una concreta esigenza di tutela⁵³⁰.

Basti in proposito considerare come – venga o meno modificata la domanda – il processo proseguito a compagine soggettiva invariata sarà per definizione inidoneo a pervenire all'accertamento, con piena efficacia di giudicato, della titolarità in capo al cessionario del diritto trasferito in corso di causa⁵³¹. Il ché, del resto, risulta pacifico per la stessa dottrina tedesca, la quale esclude che la sentenza pronunciata all'esito di un simile processo possa

527 In tal senso anche DE MARINI, *La successione*, cit., 135; Widman

528 Cfr, DE MARINI, *La successione*, cit., 129 ss., 135

529 Tale era l'opinione originariamente formulata da Eccius

530 Ed anzi, può senza tema affermarsi che la sua imposizione nella giurisprudenza tedesca sia probabilmente scaturita da un eccesso di dogmatismo, insieme ad alcune peculiarità proprie della disciplina positiva vigente in quell'ordinamento.

contenere alcun accertamento vincolante in ordine alla “*Legitimation*” (la titolarità, ovvero il titolo di legittimazione) del cessionario⁵³².

Ciò significa che – anche in presenza di una formale modifica della domanda – la stessa controparte potrà mettere in discussione, a processo concluso, la validità e l’efficacia dell’intervenuta cessione: ed infatti che per ottenere un simile accertamento vincolante – anche nei confronti del debitore ceduto – si impone non solo come necessaria una (ulteriore) domanda a ciò espressamente destinata, ma anche la partecipazione al processo del cessionario⁵³³.

Tale possibilità è tuttavia del tutto esclusa nell’ordinamento tedesco, dove il § 265 ZPO non conferisce a nessuna delle originarie parti processuali il potere di sollecitare ed imporre la partecipazione al processo del successore a titolo particolare⁵³⁴. Il ché era del resto del tutto conseguente al meccanismo che il legislatore storico tedesco avrebbe voluto imprimere all’istituto in esame, fondato su una fittizia postergazione dell’atto di cessione all’esito del processo. E qui forse possono cogliersi le ragioni storiche e di schietto diritto positivo dell’originarsi del dogma della modificazione della domanda nella giurisprudenza tedesca.

Al contrario, una volta prevalsa la tesi dell’immediata rilevanza della cessione nel giudizio, proprio la mancanza del potere di chiamare in causa il successore si sarebbe tradotta in un *vulnus* nei confronti della controparte estranea alla successione, a cui sarebbe stato sottratto lo strumento per coinvolgere direttamente l’avente causa nell’accertamento del diritto oramai trasferito, dal momento che quest’ultimo non sarebbe più stato escluso dall’orizzonte cognitivo e decisorio del giudice. Può dunque ritenersi che l’imposizione – ad opera della giurisprudenza del BGH – in capo all’attore dell’obbligo di modificare la domanda a seguito della cessione fosse dovuta, in prima battuta, alla peculiare disciplina positiva della successione nel diritto controverso ai sensi § 265 ZPO. Esigenza che – sembra quasi banale osservare – non sembra tuttavia prospettarsi in relazione all’art. 111, 3° comma c.p.c.

La dottrina più incline all’astrazione dogmatica avrebbe poi giustificato l’onere di modificare la domanda sulla base della natura sostanziale del giudicato⁵³⁵, ovvero perché

531 In altri termini, che venga modificata o meno la domanda, il processo proseguito dal solo dante causa in qualità di sostituto processuale sarà istituzionalmente inidoneo ad accertare con efficacia di giudicato – ed anche nei soli confronti della controparte – il titolo di legittimazione del successore, vale a dire la validità e l’efficacia dell’atto di cessione intervenuto tra cedente e cessionario.

532 Si veda tra tutti DINSTUEHLER, *Die Prozessuale*, cit. 65

533 E’ più che evidente infatti che tale questione relativa alla titolarità del diritto di credito possa esser decisa con autorità di giudicato solo alla presenza di quelli che appaiono sotto ogni profilo i litisconsorti necessari del rapporto di cessione: ovvero cedente e cessionario. Non potrà certo dirsi che, per il solo fatto che del trasferimento sia stato dato conto nel processo – magari ad opera dello stesso cedente – la questione relativa alla titolarità del credito trasferito venga coperta da preclusione tale da non permettere, al cedente stesso, al debitore ceduto ovvero al cessionario, di metterla in discussione in un secondo momento. Del resto, in un ordinamento informato dal principio contenuto nell’art. 34 c.p.c., ancorché l’art. 111 c.p.c. consenta al dante causa di proseguire il giudizio in qualità di sostituto processuale per il diritto ormai in capo al successore, la sentenza emessa all’esito di quel processo non conterrà alcun accertamento vincolante (in assenza di apposita domanda e alla presenza dei legittimi contraddittori) sulla questione pregiudiziale relativa al titolo di legittimazione del cessionario, cioè all’efficacia dell’intervenuta cessione.

534 Infatti ai sensi del § 265 ZPO la controparte estranea alla successione non ha il potere di chiamare in causa il successore per ottenere nei suoi confronti l’accertamento del suo titolo di legittimazione, ergo della validità ed efficacia dell’intervenuta cessione. Ovvero – il ché è lo stesso – il successore non è tenuto, neanche su istanza della controparte, ad intervenire in causa né ad assumere la lite al posto del proprio autore.

535 Si ricorderà come nella originaria formulazione della *Relevanztheorie* la modificazione della domanda una volta operata la cessione del credito fosse considerata oggetto di un precipuo obbligo in capo al cedente, al fine di non rendersi inadempiente nei confronti del cessionario. In base alle fonti storiche compulsate si è potuto scorgere la ragione di tale convinzione nella concezione sostanziale del giudicato allora imperante, in virtù della quale – in caso di mancata allegazione del fenomeno successorio nel corso del giudizio e di condanna a favore del cedente – il

l'oggetto del processo – individuato dal titolare del diritto – sarebbe dovuto mutare per effetto del suo trasferimento in corso di giudizio⁵³⁶.

Una volta però escluso che la sentenza conclusiva del processo sia in grado di contenere l'accertamento incontestabile del diritto in capo al cessionario in mancanza della sua partecipazione al processo, sembra lecito affermare come quell'adempimento si riveli una pura formalità che non sembra apportare alcuna apprezzabile variazione alla disciplina in esame.

Infatti, dalla circostanza che dell'intervenuta successione nel corso del processo resti traccia – *more italico* – nel contesto della motivazione della sentenza in forza dell'eccezione sollevata dal debitore⁵³⁷, piuttosto che – *more germanico* – nel dispositivo della stessa, all'esito di formale mutamento della domanda, non sembra invero apportare alcuna differenza sostanziale. In entrambi i casi infatti il debitore sarà messo nelle condizioni di poter rivolgere le eccezioni personali nei confronti del cessionario (pagamento, remissione, etc.) una volta allegato il trasferimento⁵³⁸. Anzi la soluzione italiana sembra addirittura preferibile, perché esclude in radice il dubbio che possa insorgere in relazione alla circostanza che la sentenza abbia accertato con efficacia di giudicato l'intervenuta cessione⁵³⁹.

Al contrario, il fatto che la sentenza rechi comunque traccia – quanto meno nella motivazione – del trasferimento verificatosi in corso di lite, permetterà al debitore di far salva la relativa eccezione dalla scure della preclusione del giudicato – altrimenti destinato ad assorbire il dedotto e il deducibile –, legittimandolo in tal modo ad opporsi ad eventuali iniziative esecutive intraprese dal cedente.

D'altro canto, allorché nel corso del processo sorga una controversia sulla validità ed efficacia del rapporto di cessione, non sembra potersi nutrire il minimo dubbio che il relativo accertamento – nonostante l'art. 111 c.p.c. – debba essere compiuto con il necessario contraddittorio del cessionario, che dovrà essere all'occorrenza chiamato a partecipare al giudizio⁵⁴⁰. In tal senso sembrano del resto deporre le ben più ampie facoltà riconosciute al

giudicato avrebbe di fatto "evitto" il cessionario. E' un dato di fatto, tuttavia, che la teoria sostanziale del giudicato è stata soppiantata da quella processuale nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche sin dagli inizi del XX secolo, proprio in concomitanza con il prevalere della Relevanztheorie. Per tale impostazione si veda comunque FOERSTER/ECCIUS, *Preussisches, cit.*, 670 s. Sembra poi interessante rilevare come tale modifica non fosse ritenuta una modifica della domanda in senso proprio, dal momento che il cedente sarebbe stato considerato mero rappresentante del cessionario. Cfr. al riguardo il par. del presente capitolo. Appare appena il caso di segnalare come una simile rischio non sembra porsi nell'ordinamento italiano, a meno di non voler espungere dal codice civile l'art. 1264 c.c. a mente del quale la cessione produce effetto nei confronti del debitore non appena gli sia stata notificata o venga da questi accettata. Ciò potrebbe significare – in base ai principi – che il debitore il quale pur avendone avuto conoscenza legale non abbia eccepito la cessione, possa

536 Lent Hellwig soggetto affermato quale titolare del diritto avrebbe contribuito a identificare – se non il diritto stesso – quanto meno l'oggetto del giudizio sul quale verteva il processo una volta intervenuta la successione. In quest'ottica la modifica della domanda sarebbe stata richiesta per formalizzare l'intervenuto mutamento del giudizio.

537 Sembra appena il caso di rilevare come il giudice sia tenuto in ogni caso a pronunciarsi sulla proposta eccezione, almeno in motivazione, ai sensi dell'art. 112 c.p.c.

538 Nei casi fisiologici in cui non venga a sorgere, in corso di lite, alcuna controversia in riferimento alla intervenuta cessione, il processo proseguirà tra le parti originarie e l'intera vicenda è destinata a concludersi in quel medesimo procedimento che visto inverarsi il trasferimento della situazione obbligatoria, a primaria esigenza da soddisfarsi è quella che del la successione in corso di causa resti in qualche modo tracce nel corpo della sentenza. Questa, infatti, qualora venga messa in esecuzione dal dante causa – magari disconoscendo la validità della cessione effettuata – offrirà alla parte esecutata la possibilità di fondare validamente un'opposizione all'esecuzione fondata specificatamente sulla cessione che l'esecutante abbia fatto delle sue ragioni contro di lui.

539 In tale equivoco cade, per esempio, TEMPEL, *Die Wirkungen einer Rechtsnachfolge während der Rechtsaengigkeit auf Verfahren, Urteil und Vollstreckung*, 1954, 99.

540 Anzi, paradossalmente può dirsi che la possibilità stessa di interpretare l'istituto in esame alla luce della teoria della rilevanza per le situazioni di consistenza obbligatoria risieda proprio nella circostanza che il trasferimento del credito controverso non modifica di per sé l'ambito oggettivo dell'accertamento giudiziale che sarà contenuto nella emananda sentenza. E ciò, ancora, per i caratteri di struttura delle situazioni di vantaggio considerate che,

successore dall'art. 111 c.p.c., non solo di poter prendere parte volontariamente al processo pendente, ma anche di esservi chiamato coattivamente.

In definitiva, per aversi un effettivo e pieno mutamento dell'oggetto del giudizio, sarà in ogni caso necessaria la chiamata in causa o l'intervento del successore; mentre all'allegazione della vicenda successoria può al più ricollegarsi il più modesto effetto di rendere rilevanti tutti quei fatti estintivi – che si pongono a valle dell'atto di cessione – idonei a determinare l'estinzione del diritto ceduto e, così, la cessazione della materia del contendere del processo⁵⁴¹.

Tale è il significato e il regime che si ritiene di poter desumere da una razionale e concreta interpretazione della teoria della rilevanza: quest'ultima non appare in realtà che un regime del tutto eccezionale e peculiare della successione nel diritto controverso, quasi la stessa appendice della disciplina sostanziale del trasferimento di una situazione obbligatoria controversa.

In realtà il senso più profondo e intimo della *Relevanztheorie* sembra potersi ricondurre ad un carattere intuitivo insito nel medesimo concetto di obbligazione: quello di esibire una connotazione personalistica particolarmente accentuata, tale per cui la modificazione dell'elemento soggettivo della situazione di vantaggio sia suscettibile di avere diretta incidenza anche sul processo pendente. Caratteristica che anche la progressiva astrazione e autonomia della scienza del processo rispetto al diritto sostanziale non sembra essere stata in grado di eliminare. Intesa in questo senso, può effettivamente ritenersi che l'antico nesso tra *actio* e *obligatio*⁵⁴² non sia mai del tutto venuto meno, ma sopravviva ancora oggi nelle dinamiche applicative della successione nel credito controverso.

40. Irrelevanztheorie nei processi concernenti situazioni giuridiche autodeterminate

Terminata l'analisi delle dinamiche applicative dell'art. 111 c.p.c. nelle ipotesi in cui si è ritenuto ancora possibile interpretare l'istituto della successione nel diritto controverso secondo i dettami della teoria della rilevanza (segnatamente, i diritti di credito), può ora passarsi all'esame della disciplina allorché – per la natura autodeterminata delle situazioni coinvolte nel fenomeno indagato – si è rivelato necessario il ricorso ad un meccanismo ispirato alla tendenziale irrilevanza del fenomeno successorio all'interno del processo.

Preliminarmente, da un punto di vista estrinseco, preme ancora una volta valorizzare un profilo che permette di apprezzare gli indubbi pregi della proposta interpretativa offerta in riferimento alla reciproca delimitazione dell'operatività della teoria della irrilevanza e della

escludendo tendenzialmente nel proprio campo azioni propriamente petitorie, non pongono ostacolo alcuno all'applicazione del principio di cui all'art. 34 c.p.c.

541 Pagamento, remissione, etc.

542 BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit., 64, "Il nesso che in diritto romano lega l'obbligazione all'azione è ben più intimo e profondo di quello moderno". E ancora: BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit., 66: "Il nesso giuridico tra il diritto subiettivo privato e l'azione non è in diritto romano classico omogeneo e uniforme come in diritto moderno, bensì profondamente differente secondo la natura del diritto subiettivo a cui l'azione è coordinata. Altro è il nesso tra obbligazione e azione personale (actio in personam), altro il nesso tra diritto reale e azione reale (actio in rem). Ciò risulta anzitutto dalla direzione stessa dell'una azione e dell'altra: quella, actio in personam, = azione contro la persona; questa, actio in rem = azione contro la cosa. Di qui profonde differenze intrinseche di struttura. L'azione reale non contiene il potere di impegnare un avversario in processo: in rem actionem pati non compellimur (D. 6. 1, 80); invitus nemo rem cogitur defendere (D. 50, 17, 156 p.r.). E il diritto reale, gravando sulla cosa, pur dopo fatto valere in giudizio di fronte ad alcuno non cessa per questo di esistere, né l'azione reale, dirigendosi contro la cosa, cessa di essere esercitabile di fronte ad altri rispetto alla medesima cosa (Gai I, 4, 107). All'azione personale si collegano, per contro, due fenomeni stranissimi e affatto ignoti al diritto moderno. Vogliam dire, anzitutto, la coazione dell'obbligato a impegnarsi nel processo (Einlassungszwang) – coazione garantita dal vetusto istituto della in ius vocatio – e in secondo luogo la consumazione processuale dell'obbligazione". BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit., 69: "obbligazione e azione non corrono su due linee di svolgimento le quali, generantesi da un medesimo punto, diventano e poi si mantengono poi parallele l'una dall'altra per convergere infine entrambe in un punto comune".

rilevanza. Infatti non è chi non veda come, in forza della ricostruzione prospettata, saranno tendenzialmente e *a priori* escluse ipotesi di successione non dichiarata che possano avere rilievo all'interno del processo⁵⁴³.

Infatti, la limitazione dell'operatività della teoria della rilevanza alla cessione di crediti nonché a consimili fattispecie meramente obbligatorie, permette di affermare che in tali ipotesi il trasferimento del diritto controverso sarà fatalmente destinato ad emergere nel corso del giudizio – se non per la spontanea allegazione del cedente⁵⁴⁴ – quanto meno in via di eccezione ad opera del debitore ceduto notiziato dell'intervenuta cessione in virtù del principio sancito dall'art. 1264, 1° comma, c.c.

In tutte le altre ipotesi, come quelle qui in esame, sarà invece la tendenziale irrilevanza dell'atto di trasferimento verificatosi in corso di causa a neutralizzare a monte la possibilità di ogni sua incidenza sul processo pendente.

Del resto, sembrano difficilmente contestabili le ragioni che depongono per l'inconciliabilità dei postulati propri della teoria della rilevanza con le fattispecie in cui, ad essere coinvolto nelle dinamiche applicative dell'art. 111 c.p.c., sia un diritto autodeterminato. L'opinione contraria è infatti costretta a postulare una deroga al regime ordinario di deduzione di tali diritti e, di conseguenza, agli elementi individuatori della domanda stessa, per cui il diritto – ad esempio di proprietà – del successore sarebbe dedotto nei limiti del suo titolo di acquisto⁵⁴⁵. Il che sembrerebbe già voler dire che l'oggetto del processo proseguito dal dante causa nelle vesti di sostituto processuale non coincide con il diritto autodeterminato in capo al successore.

Non solo, ma proprio nelle ipotesi prese in considerazione si sarebbe costretti poi a postulare una altrettanto vistosa deroga ai principi in materia di giudicato, imponendo di supporre un vincolo asimmetrico all'accertamento ottenuto all'esito di quei processi nei rispettivi rapporti tra dante causa e successore nel diritto controverso⁵⁴⁶.

In ultimo, un ulteriore motivo di schietto diritto positivo che sembra definitivamente confermare la necessità di ritenere una provvisoria irrilevanza dell'atto di trasferimento in corso di causa può essere rinvenuto proprio nelle norme dettate in materia di trascrizione e di annotazione delle domande giudiziali. In particolare, l'art. 2655 c.c. impone l'obbligo di

543 Quello della successione non dichiarata rappresenta, infatti, una delle molte note dolenti nelle dinamiche applicative della successione nel diritto controverso. Si è infatti sostenuto (PICARDI, *La successione processuale*, cit., 133) che nessuna delle disposizioni dell'art. 111 c.p.c. sarebbe applicabile in ipotesi di successione non dichiarata; mentre altra autorevole dottrina (GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 207 s.; nonché, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2ª ed., Torino, 2012, 458 s.), escludendo che detta fattispecie rientri propriamente nell'ambito applicativo dell'art. 111 c.p.c. non configurando un'ipotesi di sostituzione processuale in senso proprio, si è vista costretta ad invocare un'efficacia riflessa della sentenza cui sarebbe assoggettato il successore. In senso contrario tuttavia, per la piena applicabilità dell'art. 111, 4° comma, c.p.c., nonché del § 325 ZPO, anche nelle ipotesi di successione non dichiarata, si veda LUISO, *Successione nel processo*, cit., 4; nonché la maggioranza della dottrina tedesca: cfr. GRUNSKY, *Die Veraeusseung*, cit., 114 s., nt. 66, nonché la dottrina ivi citata.

544 Dottrina (tra tutti si veda LUISO, *Successione nel processo*, cit., 4; LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, cit., 256) e giurisprudenza (v. Cass., 9 luglio 1982, n. 4084) sono concordi nel ritenere che non sussista nessun onere di allegazione da parte del dante causa.

545 In questo senso

546 Si è visto come la dottrina tedesca pervenga a tale soluzione invocando la natura processuale del giudicato. Si veda in proposito. Nell'ordinamento italiano, si pensi all'esempio costituito da un processo di rivendica o di accertamento del diritto reale nel corso del quale l'attore trasferisca il bene controverso, e che il convenuto abbia opposto semplicemente il proprio possesso, o contesti la proprietà in capo all'attore. In tal caso ritenere che il processo, proseguito da quest'ultimo, verta oramai sul diritto del successore, significherebbe che nella sentenza emessa all'esito del giudizio sia in qualche modo implicato l'accertamento dell'efficacia del trasferimento, dal momento che “nei diritti reali il fatto costitutivo si riduce sempre in ultima analisi ad uno solo, ed è l'usucapione, quando il diritto sia contestato o quando il convenuto oppone semplicemente il suo possesso (*possideo quia possideo*)”, SATTA, *Commentario*, II, 1, cit., 23.

procedere alla annotazione delle sentenze, per le quali si sia proceduto alla trascrizione della relativa domanda, in margine alla trascrizione dell'atto impugnato (1° comma) ovvero della stessa domanda (2° comma) proprio ai fini dell'efficacia delle successive trascrizioni o iscrizioni a carico della parte risultata vittoriosa (art. 2655, 3° comma, in riferimento all'art. 2650 c.c.). Ciò che sembra presupporre che lo stesso legislatore sia partito da una presunzione di tendenziale coincidenza soggettiva – al netto di eventuali fenomeni di successione a titolo universale – tra le parti della domanda trascritta e quelle della sentenza da annotare⁵⁴⁷.

Ritenere che in tali ipotesi l'attore vittorioso possa proseguire il processo in qualità di sostituto processuale dell'avente causa metterebbe evidentemente a rischio lo stesso principio di continuità delle trascrizioni che quella disposizione ha evidentemente voluto preservare⁵⁴⁸.

Né potrebbe obiettarsi in senso contrario che quanto sostenuto presupponga, a monte, la risoluzione della dibattuta questione relativa al coordinamento dell'art. 111 c.p.c. con la trascrizione delle domande di impugnativa negoziale. La formalità in parola, infatti, trova espressamente applicazione anche alle domande di devoluzione del fondo enfiteutico, in riferimento alle quali non sembra – finora – che sia mai stata posta in dubbio il pieno coordinamento con l'istituto della successione nel diritto controverso⁵⁴⁹.

Del resto, una volta dimostrato – anche in una prospettiva storica⁵⁵⁰ – che le divergenze tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie*, soprattutto in riferimento all'individuazione dell'ambito di applicazione dell'istituto, possono in realtà ricondursi alla diversa incidenza delle nozioni giuridiche impiegate (in specie quella della legittimazione ad agire) sui caratteri di struttura delle situazioni di vantaggio coinvolte nella successione nel diritto controverso, sembrerebbe quantomeno apodittico insistere nell'applicare la teoria della rilevanza ad ipotesi in cui quest'ultima si dimostra, evidentemente, problematica.

41. Profili applicativi: poteri delle parti e intervento

Neanche da un punto di vista schiettamente procedurale sembrano frapporsi problemi applicativi alla tesi, qui sostenuta, secondo cui l'istituto della successione nel diritto controverso debba essere interpretato alla luce della teoria della rilevanza ovvero della irrilevanza a seconda della natura della situazione di vantaggio di volta in volta coinvolta nel fenomeno indagato.

⁵⁴⁷ Si veda al riguardo GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in SCHLESINGER, *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1991, 427, secondo il quale la formalità prevista dall'art. 2655 c.c. “può essere curata solo se l'atto o la sentenza da annotare ha come parti quelle stesse dell'atto trascritto”.

⁵⁴⁸ Sul fatto che anche per le annotazioni previste dall'art. 2655 c.c. operi il principio della continuità delle trascrizioni la dottrina è concorde: cfr. CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 12ª ed., Padova, 2016, 3442.

⁵⁴⁹ Il coordinamento tra l'art. 111 c.p.c. e l'art. 2653 n. 2 è infatti pacificamente ammesso dalla dottrina: Andiolì, *Lezioni*, I, cit., 318; Ferri, *Della trascrizione immobiliare*, cit., 289 s.; Natoli, *Trascrizione*, cit., 162 s.; Mastrocinque, *La trascrizione*, cit., 413; Trifone, *Enfiteusi*, cit., 108; Orlando Cascio, *Enfiteusi*, cit., 953 s.; anche ad opera dei fautori della cd. teoria delle *distinctiones*: DE MARINI, *La successione*, cit., 266 s.; PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 186 ss.

⁵⁵⁰ Si ricorderà come una delle fondamentali acquisizioni ricavate dall'analisi dell'evoluzione storica delle fonti compiuta nel precedente capitolo è infatti stata quella di aver evidenziato come l'applicazione della teoria della rilevanza ovvero della irrilevanza non sarebbe stata – per così dire – questione indifferente all'ambito applicativo dell'istituto in questione. Si è infatti individuato nel passaggio dalla chiave di lettura dell'istituto in esame fondata sulla teoria della irrilevanza a quella della rilevanza il motivo principale – se non unico – dell'affermarsi, prima in Germania e poi anche in Italia, di una lettura restrittiva dell'ambito di applicazione del § 265 ZPO e dell'art. 111 c.p.c. La costruzione teorica fondata sulla tesi dell'irrilevanza infatti, calibrata sin dal suo primo sorgere sulle caratteristiche strutturali delle situazioni di vantaggio di carattere meramente obbligatorio, si sarebbe rilevata del tutto disfunzionale se applicata a situazioni giuridiche di consistenza reale. Prova ne sarebbe stata l'esclusione delle ipotesi di costituzione di un diritto.

In particolare, per quanto concerne i poteri processuali delle parti nel processo in corso⁵⁵¹, la dottrina ha posto da tempo in luce come la questione vada risolta indipendentemente dalla adesione all'una o all'altra delle contrapposte teoriche, dovendo piuttosto aversi riguardo ad una valutazione comparativa degli interessi delle parti in gioco, in particolare quelli della controparte estranea alla successione da un lato e, dall'altro, dell'avente causa estraneo al processo⁵⁵².

Così infatti nella letteratura tedesca, nonostante l'indubbia prevalenza raccolta in passato della *Relevanztheorie*, la consapevolezza della funzione di tutela della controparte assoluta dal § 265 ZPO⁵⁵³ ha spinto la maggioranza degli interpreti a riconoscere i più ampi poteri processuali al dante causa rimasto parte del processo, potendo questi disporre liberamente dei mezzi di prova (ivi compresa la confessione), rinunciare all'azione, riconoscere la pretesa nonché transigere, anche in via stragiudiziale⁵⁵⁴.

Più variegata, invece, è la posizione della dottrina italiana la quale si mostra unanime solo nel ritenere pacifico che il dante causa possa porre in essere atti di mero impulso processuale, ricomprendendo tra questi – esemplificativamente – la rinuncia agli atti del giudizio⁵⁵⁵. I dubbi, peraltro, si addensano in particolare sulla confessione e sul giuramento: se da una parte si sottolinea come difetti nel dante causa la necessaria disponibilità del diritto per porli in essere⁵⁵⁶, dall'altro si rileva come nelle dinamiche applicative dell'art. 111 c.p.c. non

551 L'intervenuto trasferimento del diritto controverso esclude invece pacificamente la possibilità che il dante causa ponga in essere ulteriori atti di disposizione di portata sostanziale, ovviamente nella misura in cui sia già il diritto sostanziale a sancirne l'inefficacia nei confronti del successore: così, in caso di cessione del credito, la norma di riferimento sarà ancora quella dell'art. 1264 c.c.; mentre per i beni materiali alternativamente le norme sulla trascrizione degli acquisti ovvero, per i beni mobili, quelle di cui agli artt. 1153 e 1155 c.c.; sul punto, WIDMANN, *La successione*, cit., 11°; ROTH, *sub § 265*, cit., 412; ASSMANN, § 265, in WIECZOREK/SCHUETZE, *Zivilprozessordnung und Nebengesetzte Grosskommentar*, 4. Bd., 4. Aufl., 2017, 519.

552 Luiso, 7; GRUNSKY, *Die Veraeusseung*, cit., 6 s., secondo cui “*die Loesung dieser Fragen haengt grossenteils davon ab, ob man den Interessen der nicht veraeussernden Partei [...] den Vorzug vor denen des Erwerbers gibt, der die Befugnisse des Veraeusserers naturgemaess moeglichst eng umgrenzt sehen moechte*”

553 Consapevolezza maturata proprio in contrasto con i postulati propri della *Relevanztheorie* nonché anche con la portata eminentemente sostanziale degli atti che si legittimava in tal modo il dante causa a compiere con effetto nei confronti del successore: cfr. BLOMEYER, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin, 1963, 239: “*Meines Erachtens ist die Frage nicht nach der materiellrechtlichen oder prozessualen Natur der Akte, sondern ausschliesslich nach dem Zweck des § 265 zu entscheiden, und dieser spricht eindeutig gegen die Relevanztheorie*”; adesivamente ROTH, *sub § 265*, cit., 412 nonché – sempre sottolineando lo scopo di tutela della disposizione – BECKER-EBERHARD, § 265, in *Muenchener Kommentar*, cit., 1604.

554 Così in generale ROTH, *sub § 265*, cit., 412; SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, 1935, 159; BECKER-EBERHARD, § 265, in *Muenchener Kommentar*, cit., 1604. La legittimazione del dante causa a transigere anche in via stragiudiziale con effetto vincolante per il successore è stata affermata anche dal BGH (cfr. BGH 14.5.1986 – IV a ZR 146/85, NJW-RR 1987, 307), pur precisandosi in dottrina che l'efficacia della transazione dovrebbe essere condizionata in tal caso dal fatto che il suo contenuto riproduca quello di una possibile sentenza pronunciata dall'autorità giurisdizionale (ergo, che con la transizione il dante causa non disponga di un diritto proprio del successore): cfr. tra tutti ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 555; MERLE, *Die Veraeusserung des streitbefangenen Gegenstandes*, in *Juristische Ausbildung*, 1983, 626 ss., 631; ZEUNER, *Verfahrensrechtliche Folgen des Betriebsuebergang nach § 613 a BGB*, in *Festschrift Schwab*, 1990, 575 ss., 592. In senso parzialmente divergente, STADLER/BESCHING, *Die Veraeusserung streitbefangener Sachen*, in *Jura*, 2001, 433 ss., 435, ritengono ammissibile la transazione solo a condizione e nei limiti in cui essa corrisponda all'accordo tra dante causa e successore.

555 Così LUIO, *Successione nel processo*, cit., 7; DE MARINI, *La successione*, cit., 84 s.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1233; WIDMANN, *La successione*, cit., 111. Peraltro ciò avviene non senza precisare che anche la rinuncia agli atti del giudizio può comportare fattualmente la disposizione del diritto controverso: così quando essa intervenga in fase di gravame (comportando il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado) ovvero per il conseguente venir meno dell'effetto sospensivo prodotto dalla domanda originaria sul termine di prescrizione.

entri affatto in gioco un potere di disposizione processuale sul diritto controverso⁵⁵⁷. Secondo tale ultima ricostruzione sarebbe piuttosto l'intervento in causa del successore a dover rappresentare il criterio decisivo di riferimento che, sottraendo al dante causa il monopolio esclusivo nella conduzione del processo, imporrebbe di degradare l'efficacia di tali prove legali sottoponendole al libero apprezzamento del giudice⁵⁵⁸.

Proprio in riferimento all'intervento in causa, sia esso spontaneo ovvero ad istanza di una delle parti originarie, o ancora provocato dallo stesso giudice (art. 107 c.p.c.), dovrà riconoscersene la diversa incidenza e il diverso significato a seconda che esso si verifichi nelle ipotesi in cui sia ritenuta rilevante piuttosto che irrilevante la vicenda successoria verificatasi in corso di lite.

Così, in tale ultimo caso, sarà solo a seguito dell'ingresso del successore nella compagine processuale che anche la posizione sostanziale di quest'ultimo potrà assumere piena rilevanza all'interno del giudizio in corso. Diversamente, nelle ipotesi in cui trovi applicazione la teoria della rilevanza, l'intervento in causa del successore si rivelerà necessario solamente allorché la controparte intenda promuovere nei suoi confronti una autonoma e diversa domanda (domanda riconvenzionale, eccezione di compensazione, accertamento dell'intervenuto trasferimento).

42. La parabola disegnata dai *Reflexwirkungen*...

Tra i profili più spinosi e delicati che vengono a comporre il complessivo mosaico dell'istituto in esame nell'interpretazione che ne è stata data dalla letteratura italiana, è sicuramente da annoverare quello relativo alla qualificazione dell'efficacia dispiegata dalla sentenza nei confronti del successore lite pendente⁵⁵⁹, emessa all'esito di un processo a cui abbia partecipato il solo dante causa⁵⁶⁰.

Potrebbe infatti ritenersi che la proposta interpretativa avanzata di differenziare il regime applicativo dell'art. 111 c.p.c. nel modo dianzi divisato – e dunque, a seconda degli elementi di struttura della situazione di vantaggio su cui la sentenza è chiamata a pronunciarsi, ovvero di quella oggetto del trasferimento in corso di giudizio – rischi di aggiungere un ulteriore profilo di complessità in una materia già di per sé estremamente articolata.

Semmai si crede che i motivi di problematicità nella materia in esame siano piuttosto da ascrivere al persistere di alcune incertezze di fondo in ordine all'individuazione e alla stessa definizione dei cd. effetti *ultra partes* della sentenza e, più nello specifico, nell'esatta delimitazione dei fenomeni di estensione del giudicato (*Rechtskrafterstreckung*), della sua riflessione, nonché dei cd. effetti riflessi della sentenza (*Reflexwirkung von Urteilen*).

556 DE MARINI, *La successione*, cit., 108 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1234; TOMMASEO, *L'estromissione*, cit., 271 ss.

557 In riferimento al giuramento decisorio, in particolare, ALLORIO, *La revoca del giuramento e un'inesistente questione di metodo*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 445 ss., 456: "C'è una serie di atti processuali, che sono per definizione validi, in quanto l'art. 111 codice di procedura civile, per ragioni (queste sì) secolari, ha sancito l'insensibilità del processo all'alienazione compiuta nel suo corso [...] Ma pretendere che la sequela degli atti processuali compiuti fino a quel momento debba cadere nel nulla con pregiudizio della controparte, solo perché esiste un'alienazione che costei ha sempre ignorata, val quanto dire: l'art. 111 codice di procedura civile, si deve considerare non scritto"

558 Così LUISO, *Successione nel processo*, cit., 7.

559 Dalla ricostruzione storica compiuta nel capitolo precedente è infatti emerso come nella letteratura italiana l'operatività dell'art. 111 c.p.c. sia stata a più riprese associata alla cd. efficacia riflessa della sentenza. Si rimanda in proposito al par. nonché a quanto si dirà più oltre nel testo.

560 Ovviamente, non solleva alcun problema di qualificazione l'ipotesi in cui il successore sia intervenuto in giudizio: in tal caso questi sarà assoggettato agli effetti della sentenza già ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Ora, affrontare *ex professo* la tematica prefigurata – soprattutto nella dimensione storica che le competerebbe – sarebbe onere improbo per l'economia del presente lavoro, in considerazione della mole e del numero dei contributi dedicati all'argomento. Ci si limiterà pertanto, partendo da alcune delle più recenti prese di posizione degli interpreti *in subjecta materia*, ad evidenziare le principali linee di tendenza e di sviluppo seguite nella letteratura che hanno condotto allo stato attuale del dibattito nella dottrina.

In tal modo, lungi dal pretendere di formulare l'ennesima ricostruzione teorica in materia di efficacia *ultra partes* della sentenza, si vorrebbe più limitatamente suggerire un ordine concettuale ordinante onde qualificare e definire la natura del vincolo cui è assoggettato il terzo successore.

Per restare fedeli al programma tracciato si prenderanno dunque le mosse – sempre in una dimensione di raffronto tra l'ordinamento tedesco e quello italiano – da alcuni dei più recenti contributi che hanno affrontato il tema e la definizione dell'efficacia dell'efficacia dispiegata dalla sentenza nei confronti del successore a titolo particolare nel diritto controverso.

Nella letteratura italiana è dato rilevare come si sia giunti ad intravedere nel vincolo alla sentenza imposto al successore dall'art. 111, 4° comma, c.p.c. un fenomeno di riflessione *tout court* del giudicato⁵⁶¹; ovvero alla medesima conclusione si perviene in via condizionata all'adesione alla teoria della irrilevanza⁵⁶², o all'eventualità che della vicenda successoria non sia data notizia nel corso del processo⁵⁶³. In tali ipotesi – si afferma – la sentenza (*rectius* il giudicato) pronunciata sull'oggetto del giudizio rimasto immutato esplicherebbe efficacia cd. riflessa sul diritto (o sul rapporto) dipendente in capo al successore. E da ciò si sarebbe finanche tratto un argomento contrario all'adozione della teoria della irrilevanza.

Al contrario invece nella letteratura tedesca, il fenomeno disciplinato dai §§ 265-325 ZPO⁵⁶⁴ è costantemente descritto come un'ipotesi di *Rechtskrafterstreckung* (estensione del giudicato, appunto) del quale anzi rappresenterebbe il modello di riferimento in contrapposizione a quello degli effetti riflessi della sentenza (*Reflexwirkung von Urteilen*) anche per quei pochi interpreti che – come si vedrà – ancora sostengono l'autonomia concettuale della categoria⁵⁶⁵. Tale impostazione non muta anche nella prospettiva di quegli autori che, ancora oggi, caldeggiavano un ritorno alla *Irrelevanztheorie*⁵⁶⁶; ed anche nel caso in cui del trasferimento in corso di causa non sia data notizia nel processo. In tutte tali ipotesi ad essere esteso al

561 In questo senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011, 224 ss., in part. 235.

562 Per cui WIDMANN, *La successione, cit.*, 77 ss., 260, secondo la quale “una volta accolte le premesse dell'irrilevanza [...] la disciplina della successione nel diritto controverso viene ad essere estranea al fenomeno dell'efficacia diretta *ultra partes* della sentenza”. Ancor più chiaramente CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2ª ed., Torino, 2012, 547: “la cd. teoria della irrilevanza costringerebbe a ravvisare un fenomeno di efficacia riflessa del giudicato in molte delle ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso”.

563 Si è visto che in Italia tale opinione sia stata autorevolmente sostenuta da GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 207 s. e da CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2ª ed., Torino, 2012, 458 s.

564 Come si è visto, infatti, nella ZPO la norma che estende al successore a titolo particolare nel diritto controverso gli effetti della sentenza è la medesima che contiene il vincolo delle parti all'accertamento compiuto dal giudice (§ 325 ZPO). Diversamente in Italia la normativa di riferimento è collocata in parte nel codice civile (art. 2909 c.c. in riferimento alle parti processuali) e in parte in quello processuale (art. 111, 4° comma, c.p.c.).

565 A chi, infatti, si avventuri a compulsare manuali istituzionali e monografie tedesche sull'argomento, risulterà evidente che la dottrina tedesca rifugge anche solo dall'impiego dell'espressione *Reflexwirkung*, assorbita – come si vedrà – nella più generale fenomeno della *Tatbestandswirkung*, ammessa nei soli casi previsti dalla legge. Ed anche da parte di chi, di recente, si è incaricato di legittimare dogmaticamente la possibilità di far ricorso alla nozione degli *Reflexwirkung* della sentenza nell'ordinamento tedesco, questi ultimi risultano istituzionalmente contrapposti alla *Rechtskrafterstreckung* disciplinata dai §§ 265 e 325 ZPO, cfr. sul punto ROSIN, *Die Reflexwirkung von Gerichtsurteilen*, Hamburg, 2007, 70 ss.

successore per effetto del § 325 ZPO è l'effetto proprio di accertamento (il giudicato, appunto) formatosi nel processo proseguito dal dante causa, il quale esercita un'efficacia pregiudiziale (*praejudizielle Wirkung* o più semplicemente *Praejudizialitaet*) nei confronti dell'avente causa⁵⁶⁷.

Dal pur superficiale raffronto si potrebbe essere indotti a ritenere quella riferita una questione prettamente nominalistica, e che il fenomeno della riflessione del giudicato così come inteso da larga parte degli interpreti italiani corrisponda a ciò che la dottrina tedesca definisce efficacia pregiudiziale o positiva del giudicato. Senonché la tenuta di tale netta equiparazione sembra incrinarsi nel momento in cui si qualificano come altrettante ipotesi di "efficacia riflessa" nell'ordinamento italiano – al pari dunque di quella dispiegata dal 4° comma dell'art. 111 c.p.c. nelle circostanze anzidette – anche le disposizioni del codice civile (ad esempio, agli artt. 1306, 2° comma, 1485, 1595, 3° comma, 1952, 2° comma, 2652, 2653, 2859, 2870 c.c.) che prevedono varie forme di ripercussione per un terzo della sentenza altrui⁵⁶⁸.

In effetti, guardando al panorama offerto dalla letteratura italiana, non si tarda a rendersi conto come quello della efficacia riflessa costituisca tema estremamente controverso, già su di un piano prettamente linguistico; onde l'opportunità di un approfondimento che – si spera – possa rivelarsi chiarificatore, almeno nei limiti di questo lavoro.

Diametralmente opposta, invece, la situazione nella letteratura tedesca dove – al netto di risalenti teorizzazioni e di più recenti riscoperte dottrinarie – finanche il termine *Reflexwirkung* è di fatto quasi scomparso dalla nomenclatura ufficiale degli effetti della sentenza⁵⁶⁹. Il che non può non stupire considerando che la prima menzione dell'esistenza degli effetti riflessi costituisce l'indimenticato contributo speculativo delle indagini condotte nella seconda metà del XIX secolo da Rudolf von Jhering⁵⁷⁰. Questi – traendo ispirazione dal mondo della fisiologia e

566 Sia che la *Irrelevanztheorie* sia presa in considerazione nella formulazione originaria (tale è la proposta di LAMMEYER, *Konflikt*, cit., 296 s.) sia in quella mitigata fatta propria da ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 557.

567 Per il rilievo – pacifico nella dottrina e giurisprudenza tedesche – secondo cui l'estensione del giudicato all'avente causa ai sensi del § 325 ZPO si verifichi indipendentemente dalla allegazione della vicenda successoria in corso di giudizio, cfr. tra tutti ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 557; LEIPOLD, § 325, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. Bd., 22. Aufl., Tübingen, 2013, 1324; ROTH, *sub* § 265, cit., 411; ASSMANN, § 265, in WIECZOREK/SCHUETZE, *Zivilprozessordnung*, cit., 514. Più in generale, sul vincolo pregiudiziale ("*Bindung bei Praejudizialitaet*") proprio del giudicato, cfr. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 871.

568 La ricomprensione di tutte le variegate fattispecie elencate nel testo sotto il comune vessillo della cd. "efficacia riflessa", è compiuto da una parte autorevole della dottrina. Si vedano in proposito: PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, 2012, 365 ss.; ID., *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1971, 1237 ss.; ID., *Opposizione di terzo ordinaria*, Padova, 1965, 34; MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 174; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2ª ed., Torino, 2012, 360 ss.

569 Tutti i più recenti manuali di diritto processuale civile tedesco nell'enumerare i diversi effetti che scaturiscono dalla sentenza, menzionano appena la categoria dei *Reflexwirkung*; si vedano tra tutti, ARENS, *Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., München, 1984, 226; nonché LUEKE, *Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., München, 2006, 333, impiegano il termine come sinonimo di *Tatbestandswirkung*. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 863 ss. neanche più utilizza il termine, mentre in riferimento alla cd. *Drittwirkung* ha adottato una impostazione apertamente critica: cfr. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 892.

570 La compiuta teorizzazione dei *Reflexwirkungen* sarà operata in JHERING, *Die reflexwirkungen oder die Rueckwirkungen rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1871, 245 ss. Indispensabile, tuttavia, per la comprensione dei presupposti dogmatici da qui muove l'A., risulta la lettura della fondamentale monografia JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig 1865, 12: "Wir gehen von der heutzutage herrschenden Auffassung des Rechts als eines objektiven Organismus der menschlichen Freiheit aus. Es ist gegenwärtig kein Streit mehr darüber, daß das Recht nicht, wie man es früher betrachtete, ein äußerliches Aggregat willkürlicher Bestimmungen ist, der Reflexion der Gesetzgeber seinen Ursprung verdankt, sondern wie die Sprache eines Volkes ein

dalla constata impossibilità di isolare gli effetti prodotti da qualunque accadimento per i soli diretti destinatari – definiva gli effetti riflessi come la serie di ripercussioni che un fatto giuridico avrebbe dispiegato su terzi soggetti al di là della sua propria sfera di efficacia e i cui tratti caratteristici sarebbero stati quelli dell'involontarietà e del manifestarsi in un punto diverso da quello d'incidenza dell'atto⁵⁷¹.

A seguire, la prima elaborazione organica dei *Reflexwirkung* in relazione alla sentenza civile⁵⁷² è dovuta a Kuttner che avrebbe inteso ricomprenderli nella generale categoria dei *Nebenwirkungen* (effetti secondari della sentenza) assieme alla *Tatbestandswirkung* (efficacia di fattispecie), dalla quale si sarebbero tuttavia differenziati per il fatto di investire soggetti diversi dalle parti processuali. Così collocati, gli effetti riflessi avrebbero dovuto contrassegnare le ipotesi in cui la sentenza era considerata dalla legge come elemento di fatto di una fattispecie, eventualmente più ampia, cui veniva ricondotto un effetto giuridico incidente nella sfera giuridica del terzo⁵⁷³.

Certo, non mancavano incertezze nella distinzione tra *Reflexwirkungen* e *Rechtskraft* soprattutto nelle prime elaborazioni della categoria⁵⁷⁴, acuite per altro dai tentativi di ampliare in via interpretativa la casistica dei primi al di là delle ipotesi legislativamente previste⁵⁷⁵. Ma è

innerlich zusammenhängendes Produkt der Geschichte ist. Menschliche Absicht und Berechnung hat freilich ihren Antheil an der Bildung desselben, aber sie findet mehr, als daß sie schafft, denn die Verhältnisse, in denen sich das Gattungsleben der Menschheit bewegt, warten nicht erst auf sie, daß sie sie aufrichtete und gestaltete. Der Drang des Lebens hat das Recht mit seinen Anstalten hervorgetrieben und unterhält dasselbe in unausgesetzter äußerer Wirklichkeit. Die Gestalt, die die Sinnesart des Volks und seine ganze Lebensweise demselben aufgedrückt hat, ist das, was jede legislative Reflexion und Willkür vorfindet, und woran sie nicht rütteln kann, ohne selbst zu Schanden zu werden. In steter Abhängigkeit von dem Charakter, der Bildungsstufe, den materiellen Verhältnissen, den Schicksalen des Volks verläuft die Bildungsgeschichte des Rechts und neben den gewaltigen historischen Mächten, die dieselbe bestimmen, schrumpft die Mitwirkung menschlicher Einsicht, wenn sie statt Werkzeug Schöpferin sein wollte, in Nichts zusammen. Die reale, objektive Schöpfung des Rechts, wie sie uns in der Gestaltung und Bewegung des Lebens und Verkehrs als verwirklicht erscheint, läßt sich als ein Organismus bezeichnen, und an dieses Bild des Organismus wollen wir unsere ganze Betrachtung anknüpfen”.

571 JHERING, *Die reflexwirkungen*, cit., 248. Per un approfondimento sulla nozione dei *Reflexwirkung* enucleata dallo Jhering si veda LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, 72.

572 In realtà, la prima trasposizione in campo processuale della teoria degli effetti riflessi sarebbe stata tentata da Wach, il quale – pur senza far riferimento alla dottrina elaborata dallo Jhering – impiegò la nozione di *Reflexwirkung* quale sinonimo dell'efficacia di fattispecie propria della sentenza (*Tatbestandswirkung des Urtheils*) che avrebbe legittimato il terzo a dispiegare intervento adesivo (*Nebenintervention*) nel processo in cui quella sentenza si sarebbe formata.

573 KUTTNER, *Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*, 1908, 10: “*Die Reflexwirkung [...] soll bedeuten, dass das Urtheil Tatbestandsmoment fuer die Entstehung, Endigung oder Aenderung eines zivilistischen Rechtsverhaeltnisses ist, in welchem eine dritte Person als berechtigtes oder verpflichtetes Subjekt beteiligt ist, obwohl diese dritte Person weder an dem Prozess beteiligt war, noch durch die materielle Rechtskraft des Urtheils gebunden wird. Die Reflexwirkung eines Urtheils ist privatrechtliche ‘Nebenwirkung’ dieses Urtheils gegenueber Dritten*”. Tale definizione dei *Reflexwirkungen* da parte del Kuttner sarà successivamente ripresa dalla maggioritaria dottrina tedesca. Si veda ad esempio BETTERMANN, *Die Vollstreckung*, cit., 114.

574 Lo stesso WACH, *Handbuch*, cit., 626, nt. 37, citava quale ipotesi *Reflexwirkung* il § 313 dell'ALR prussiano, che prevedeva l'incontestabilità da parte del fideiussore della sentenza emessa nei confronti del debitore principale (“*Hat der Buerger sich fuer das, wozu der Hauptschuldner rechtskraeftig verurtheilt werden moechte, so kann er den Inhalt eines solchen gegen den Hauptschuldner ergangenen Urtheils nicht ferner anfechten*”), precisando come “*hier bindet ueberall nicht die Rechtskraft als eine ueber die Rechtsverhaeltnisse des Intervenienten ergehende autoritative Urtheilsnorm, sondern es wirkt die Thatsache der rechtskraeftigen Verurtheilung des Dritten als Tatbestandsmoment*”. Ed è indicativo come lo stesso WACH, *Handbuch*, cit., 627, nt. 38, sentisse l'esigenza di ammettere “*dass man von einer abgeschwaechten modificirten Rechtskraftswirkung sprechen koennte*”.

575 Tale è stato il tentativo di Hellwig il quale, definisce in tal modo i *Reflexwirkungen*: HELLWIG, *System*, cit., 802 s.: “*das buergerliche Recht im Verhaeltnisse der Parteien selbst an die blosse Tatsache der Faellung eines Urtheils gewissen Inhaltes gewisse privatrechtlichen Inhalts anknuepft. Solche, aber nicht nur solche, koennen auch im Verhaeltniss zu Dritten eintreten. Es handelt sich dabei jedoch nicht um die bindende Wirkung einer Feststellung*

indicativo che la dottrina successiva, al di là della qualificazione formale che a tali effetti si sarebbe voluto attribuire, avrebbe riqualificato simili tentativi come un modo surrettizio di ampliare – al di là di ogni disposizione di legge espressa – la cerchia dei soggetti vincolati alla sentenza altrui con un'intensità del tutto identica a quella della *Rechtskafterstreckung*⁵⁷⁶

Come già anticipato, in proseguo di tempo la categoria dei *Nebenwirkungen* sarebbe caduta in desuetudine nella letteratura tedesca, mentre la nozione dei *Reflexwirkungen* – complice la scarsità delle fattispecie ad essa riconducibili – sarebbe stata di fatto assorbita dalla *Tatbestandswirkung*, di cui avrebbe semplicemente rappresentato una sottocategoria se non anche un mero sinonimo⁵⁷⁷.

Solo di recente si è registrato un rinnovato interesse da parte della dottrina tedesca per gli effetti riflessi della sentenza: la loro elaborazione in un'autonoma categoria continua a seguire la direzione tracciata più di un secolo fa dal Kuttner⁵⁷⁸. Si tratterebbe dunque di autonomi effetti della sentenza, in tutto consimili dai cd. effetti di fattispecie, da cui si distinguerebbero per il fatto di interessare un soggetto diverso rispetto alle parti processuali.

43. (segue)... e dall'efficacia riflessa (valore assoluto dell'accertamento relativo)

E' in Italia, invece, che il fenomeno degli effetti riflessi in senso Jheringiano si sarebbe andato progressivamente legando alla cosa giudicata piuttosto che identificare un autonomo effetto della sentenza⁵⁷⁹.

[...] sondern um andersartige Wirkungen, naemlich darum, dass die Rechtslage, in die das Urteil die Partei versetzt hat, direkt oder indirekt den Tatbestand bildet, von dem auch die Rechtslage des Dritten beeinflusst wird". Sulla base di tale definizione Hellwig propone due fattispecie da ricondurre alla categoria della *Reflexwirkung*: da una parte afferma che il debitore principale avrebbe potuto invocare a proprio favore la sentenza di rigetto della domanda proposta dal creditore nei confronti del proprio fideiussore; dall'altra che il creditore avrebbe potuto avvalersi della sentenza di condanna ottenuta contro una *offene Handelsgesellschaft* anche contro i singoli soci della stessa.

576 BETTERMANN, *Die Vollstreckung*, cit., 114, secondo cui "es ist daher eine unbewiesene Behauptung, dass die Wirkung des Urteils auf Dritte, die bei Abhaengigkeitsverhaeltnissen eintritt, nur Reflexwirkung, nicht Rechtskraftwirkung"; BLOMEYER, *Rechtskafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhaengigkeit*, in ZZZ, 1962, 1 ss., 6, 25; Schwab, 124, 136; nonché, più di recente, ROSIN, *Die Reflexwirkung von Gerichtsurteilen*, Hamburg, 2007, 66 ss. Ad essere sottoposta a critica non era solo la qualificazione – data da Hellwig – come *Reflexwirkung* di quella che, sotto ogni profilo, appariva come una pura estensione del giudicato al soggetto titolare di un rapporto dipendente, ma anche la mancanza di ogni tentativo di rinvenire un fondamento legislativo con cui giustificare le conclusioni cui si perveniva; nonché il "tradimento" della teoria processuale del giudicato nel momento in cui si argomentava l'esistenza dei *Reflexwirkung* dalla "situazione sostanziale" creata dalla sentenza (*die Rechtslage, in die das Urteil die Partei versetzt hat*)

577 BETTERMANN, *Die Vollstreckung*, cit., 114 definisce i *Reflexwirkungen* come una sottocategoria (*Unterfall*) degli effetti di fattispecie (*Tatbestandswirkung*); mentre altri autori (ARENS, *Zivilprozessrecht*, cit., 226; LUEKE, *Zivilprozessrecht*, cit., 333) impiegheranno i termini come sinonimi

578 Tale è stato il tentativo ricostruttivo intrapreso da ROSIN, *Die Reflexwirkung von Gerichtsurteilen*, Hamburg, 2007

579 I primi passi verso questa tendenza generale della dottrina italiana possono essere colti in SEGNI, *L'intervento adesivo*, Roma, 1919, 113 ss., il quale discerne in generale per i fatti giuridici gli effetti diretti e necessari da quelli riflessi nell'accezione jheringiana, ed indica nella cosa giudicata per le parti l'effetto diretto da cui distingue nettamente gli effetti riflessi per i terzi "questi riflessi sono assolutamente diversi dalla cosa giudicata fra le parti [...] poiché per i terzi non vi è concessione di tutela giuridica" (SEGNI, *op. Cit.*, 113); salvo poi affermare che "verso i terzi si tratta sempre di effetti che non sono negli scopi della sentenza e sono condizionati al riconoscimento di una volontà di legge tra le parti, cioè al formarsi del giudicato fra le parti: è tra gli effetti riflessi perciò anche l'estensione del giudicato" (SEGNI, *op. Cit.*, 114; più nel dettaglio sulla concezione del Segni cfr. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1962, 62 ss.). Di fondamentale importanza per la progressiva trasposizione del fenomeno della riflessione in riferimento al giudicato si rivela poi l'opera del BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, nonché ID., *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1929, 544, il quale distingue quattro diverse categorie di terzi che sottopone alla cosa giudicata altrui in virtù dei nessi di subordinazioni tra rapporti giuridici che li legano a una delle parti del processo: si tratta della successione nel rapporto litigioso dedotto in giudizio; della sostituzione processuale; della inscindibile

Era questa la strada che avrebbe inteso percorrere consapevolmente Carnelutti allorché focalizzando l'attenzione sulla "influenza che il giudicato esercita [anche] rispetto alle parti oltre i limiti della lite", affermava essere "un dato logico infallibile che la efficacia svolta dalla sentenza *fuori dalla lite* (sia verso terzi sia verso le parti) debba essere di natura diversa da quella che esercita *dentro la lite*". Solo quest'ultima avrebbe meritato il fregio dell'autorità della cosa giudicata soggetta alla limitazione soggettiva dell'allora art. 1351 cod. civ. 1865, mentre la prima – l'efficacia riflessa del giudicato, appunto – "non appartiene al campo processuale, ma si determina e si regola secondo le varie norme, che governano i singoli rapporti e ne stabiliscono i vincoli reciproci"⁵⁸⁰.

Tuttavia, la ricostruzione più compiuta del fenomeno della riflessione generalizzata del giudicato sarebbe stata portata a termine qualche anno più tardi da Allorio⁵⁸¹, nel tentativo di importare in Italia la dottrina del valore assoluto dell'accertamento relativo⁵⁸². Quest'ultima aveva trovato le prime formulazioni sul finire del XIX secolo proprio in Germania, ad opera di autori quali Plank, Wach e Mendelsohn Bartholdy, compendiata nella formula secondo cui "l'esistenza del giudicato tra le parti fosse incontestabile nei confronti di chiunque"⁵⁸³. Tale insegnamento non è tuttavia riuscito ad affermarsi e risulta anzi rigettato dalla dottrina e dalla

connessione fra rapporti giuridici; nonché dell'ipotesi di dipendenza necessaria del rapporto del terzo rispetto a quello investito della cosa giudicata. Mentre nei primi due casi la cosa giudicata si impone al terzo in via diretta, negli ultimi due tale riferibilità è solo riflessa (BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi*, cit., 216; ID., *Cosa giudicata*, cit., 559; più diffusamente concezione del Betti, cfr. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 66 ss.)

580 I passi citati sono tratti da CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1933, 451; ma ancor prima, si veda CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, 1922, II, 473 ss.: "In una lite il giudicato, che ha chiuso un altro processo, può essere invocato in due maniere: o perché chi lo invoca afferma che questo giudicato ha già deciso sulla questione, intorno alla quale è chiamato a decidere il nuovo giudice; o perché invece chi lo invoca afferma soltanto che il giudicato ha posto fuori dubbio uno dei presupposti del rapporto affermato. [...] Nel primo caso soltanto la cosa giudicata viene invocata per la sua efficacia diretta, nel secondo caso se ne fa valere la efficacia riflessa. [...] Contro questa efficacia [riflessa] del giudicato il convenuto non può opporre [...] che la sentenza fu pronunciata senza il suo intervento. [...] Non vi è in questo fenomeno alcuna estensione subiettiva del giudicato [...] La limitazione subiettiva del giudicato non riguarda che la efficacia diretta; quando si tratta invece di efficacia riflessa, non v'è né limitazione, né estensione: la sentenza vale rispetto all'avente causa come rispetto a chiunque". Per una critica alla impostazione del Carnelutti, cfr. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 79 ss.; nonché LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981 134 ss.

581

582 PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 23,

583 Anche tra tali autori – che sono generalmente ritenuti i padri della teorica del valore assoluto dell'accertamento relativo – esistono rilevanti differenze. Plank, per esempio, distingue nettamente l'efficacia che la mera esistenza della sentenza tra le parti avrebbe spiegato per i terzi dall'efficacia di giudicato tra le sole parti: cfr. PLANK, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, I, Berlin, 1897, "Dass, wenn man von der Wirkung der Rechtskraft gegen Dritte spricht, darunter nicht zu verstehen ist, dass Dritte die Existenz des Urteils und die daraus fuer die Parteien sich ergebenden Wirkungen gegen sich gelten lassen muessen. Es ist dies eine Tatsache, die jeder als bestehend anerkennen und gegen sich gelten lassen muss. Die Wirkung der Rechtskraft gegen einen Dritten in dem hier fraglichen Sinne besteht darin, dass der Inhalt des Urteils, so weit dieser nach § 293 rechtskraeftig wird, auch dem Dritten gegenueber als wahr gilt". Già con Wach tale efficacia viene implicitamente equiparata al giudicato: cfr. WACH/LABAND, *Zur Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1899, 9: "Will man ueber die wirkliche subjektive Ausdehung der Rechtskraft ins Klare kommen, so ist auszugehen von der selbstverstaendlichen von jedermann anzuerkennenden Existenz der rechtskraeftigen Entscheidung 'inter partes' Das ist eine im Urteil selbst verkoeerperte, fuer niemand laeugenbare Thatsache. Soweit also der Urtheils-Inhalt ein Rechtsverhaeltnis inter partes feststellt oder verneint, kann niemand bestreiten, das es zwischen den Parteien kraft dieses Urteils bestehe oder nicht bestehe". In Italia si farà portavoce di tale orientamento REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 36 ss. "Ma neppure dall'esser munito di questa autorità [di giudicato, n.d.a.] può dedursi un carattere specifico del provvedimento giurisdizionale per cui esso possa operare soltanto fra due parti. Infatti una presunzione di verità ha effetti per tutti coloro per cui avrebbe effetti la realtà a cui praticamente si sostituisce. Ma cotesti effetti della realtà a cui praticamente si sostituisce sono determinati a sua volta dai rapporti materiali su cui il provvedimento è chiamato ad operare".

giurisprudenza tedesche che – anche in riferimento a sue successive riproposizioni⁵⁸⁴ – hanno evidenziato l’ambiguità di fondo della nozione di esistenza (*Existenz*) della sentenza – opponibile nei confronti dei terzi – come contrapposta al suo contenuto precettivo (*Inhalt*), costituente cosa giudicata tra le sole parti del processo. E neanche il successivo tentativo, intrapreso da Pagenstecher, di saldare tale insegnamento alla coeva elaborazione dei *Reflexwirkungen* – individuando in questi ultimi gli effetti che la sentenza avrebbe ingenerato per i terzi – sarebbe riuscito a chiarirne la natura⁵⁸⁵.

Al contrario, in Italia, il relativo successo che avrebbe riscosso la tesi dell’efficacia assoluta dell’accertamento relativo doveva essere legato alla plasticità e, almeno apparente, semplicità della sua formulazione nella veste che seppe conferirle Allorio, raccogliendo le diverse pulsioni che la scienza processuale tedesca ed italiana aveva fino ad allora prodotto in un sistema coerente e in sé conchiuso, seppure non esente da forzature.

Rifiutati i *Reflexwirkungen* nell’accezione fatta propria da Knutter⁵⁸⁶, Allorio riteneva che gli effetti riflessi in senso jheringiano – si ricorda: effetti involontari, “il nascere dei quali non era destinazione precipua dell’atto”⁵⁸⁷ – potessero attagliarsi anche al giudicato, del quale avrebbero rappresentato il fenomeno normale di comunicazione, non solo tra le parti del processo ma anche nei confronti di terzi ad esso estranei. La sua trasmissione sarebbe dovuta avvenire, anche in assenza di qualunque espressa disposizione di legge, attraverso i nessi di dipendenza tra rapporti giuridici, sospinta dalla nuova conformazione sostanziale che il giudicato avrebbe impresso al rapporto pregiudiziale e giustificata dalla rilettura dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza quale mero riflesso dei suoi limiti oggettivi.

Non può certo essere questa la sede più idonea a sottoporre ad attenta disamina quello che, in prospettiva storica, può oggi ritenersi un brillante tentativo di superare lo scarno dettato dell’allora vigente art. 1351 c.c. 1865 nella individuazione dei limiti soggettivi del giudicato⁵⁸⁸.

Successivamente, la tesi dell’efficacia riflessa generalizzata del giudicato avrebbe incontrato l’avallo di autorevole dottrina anche in tempi più recenti, sotto i codici attualmente in vigore⁵⁸⁹, nonostante il ben diverso tenore della norma che disciplina l’ambito soggettivo di estensione del giudicato (art. 2909 c.c.) nonché la espressa regolamentazione dell’istituto della successione nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.). Ed anzi, per superare l’ostacolo frapposto dalla prima delle norme citate al riconoscimento del valore assoluto della sentenza, si è tentato di rielaborare la teoria dell’efficacia riflessa generalizzata alla luce della distinzione tra efficacia di accertamento e autorità della sentenza⁵⁹⁰. Solo quest’ultima sarebbe stata soggetta alla limitazione soggettiva di cui all’art. 2909 c.c., mentre la prima sarebbe stata suscettibile di

584 Ci si riferisce alla tesi della *Drittwirkung der Rechtskraft*, (ri)proposta negli anni ‘60 del secolo scorso da Schwab (di tale autore si vedano al riguardo: SCHWAB, *Bindung des Strafrichters*). Al riguardo, la dottrina tedesca è unanime nel considerare quella dello Schwab una rilettura della più antica teorica del valore assoluto dell’accertamento relativo.

585 PAGENSTECHER, *Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streitens ueber die Rechtskraft. Mit besonderer Beruecksichtigung der Bedeutung des Zivilurteils fuer den Strafrichter*, in *Rheinische Zeitschrift fuer Zivil- und Prozessrecht*, 1914, 489 ss., il quale distingue appunto tra *Rechtskraftwirkung* e *Reflexwirkung* della sentenza, e riguardo a quest’ultimo afferma: “*Das Urteil kann somit auch die Rechtsverhaeltnisse von Personen beeinflussen, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt, die somit in beachtlicher Weise behaupten koennen, das Urteil sei zu Unrecht ergangen [...] Die Rechtslage diese Personen kann also zwar beeinflusst werden, sie wird aber niemals so intensiv beeinflusst, dass auch diese Personen keine Behauptung contra rem judicatam aufstellen koennen*”

586 ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 112 s.

587 ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 111

588 Non si può tuttavia non nascondere una certa difficoltà in relazione alla possibilità di considerare il giudicato come un “effetto involontario” in senso jheringiano.

589 FABBRI, *Contributo alla dottrina dell’intervento adesivo*, Milano, 1964, 96 ss.; CARPI, *L’efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974, 229 ss.

comunicarsi anche al di là della ristretta cerchia delle parti del processo, imponendosi ai soggetti titolari di rapporti dipendenti⁵⁹¹.

Sembra tuttavia incontestabile come simile insegnamento si ponga in insanabile contrasto non solo con il dato positivo delle leggi civili e processuali che – non solo nell’ordinamento italiano – limitano espressamente l’efficacia dell’accertamento contenuto nella sentenza alle sole parti che abbiano preso parte al giudizio (art. 2909 c.c., § 265 ZPO), ma anche con i principi del diritto di difesa e del contraddittorio riconosciuti e tutelati dalla costituzione (artt. 24 e 111 Cost). Ed invero, di fronte a tale irrinunciabile acquisizione, sembra destinata inevitabilmente a perdere forza persuasiva ogni argomentazione puramente logica volta ad imporre al terzo un giudicato formatosi in un processo a cui non abbia partecipato ed in assenza di una disposizione di legge ciò espressamente disponga⁵⁹².

Ferma tale fondamentale acquisizione – che sembra oramai saldamente recepita dalla più recente e autorevole dottrina⁵⁹³ – si è comunque proposto di continuare ad impiegare la dizione di efficacia “riflessa” per indicare ogni “estensione” dell’accertamento contenuto nella sentenza *al di là del rapporto da essa disciplinato*, e dunque il suo riverbero su rapporti dipendenti sia tra le medesime parti del processo, sia nei confronti dei terzi nei cui confronti tale estensione sia espressamente prevista dalla legge⁵⁹⁴. Ed è in questo senso che la nozione di efficacia riflessa risulta ancora oggi associata alle dinamiche applicative dell’art. 111 c.p.c.

44. L’efficacia della sentenza nei confronti del successore ai sensi dell’art. 111, 4° comma, c.p.c.

Questa, in estrema sintesi, è stata la storia e la parabola disegnata dalla dottrina dei *Reflexwirkungen* in Germania e, in particolare, dalla tesi della efficacia riflessa del giudicato nella letteratura italiana.

E’ dunque frutto di mero retaggio storico la perdurante abitudine di una parte della dottrina italiana di associare alle dinamiche applicative dell’istituto in esame la dottrina dell’efficacia riflessa. Definita infatti quest’ultima come il vincolo al giudicato altrui imposto al terzo in virtù dei nessi di pregiudizialità-dipendenza tra rapporti giuridici, è sembrato naturale definire in tal modo l’efficacia della sentenza imposta al successore ai sensi dell’art. 111, 4° comma, c.p.c. in tutte quelle ipotesi in cui – non potendosi identificare l’istituto della successione nel diritto controverso con quello della sostituzione processuale (ad es. per mancata allegazione ovvero irrilevanza del trasferimento nel corso del giudizio) – il *rapporto giuridico* oggetto del giudizio resti immutato nonostante l’intervenuta successione. Così, in base a tale impostazione, a seconda che l’art. 111 c.p.c. venga letto alla luce della teoria della rilevanza

590 La elaborazione della distinzione tra efficacia ed autorità della sentenza costituisce in Italia l’indimenticato contributo ermeneutico di LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935.

591 PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 179 ss., il quale autore tuttavia sembra aver di recente rigettato le proprie tesi: cfr. PROTO PISANI, *La conclusione di una parabola: lo smantellamento dell’efficacia della sentenza (o della cosa giudicata) contro i terzi, ma l’efficacia delle prove e del precedente giurisprudenziale formati nel processo svoltosi inter alios*, in *Foro it.*,

592 Del resto, proprio la presenza di espresse disposizioni che sembrano imporre a terzi il giudicato o comunque la sentenza pronunciata all’esito di un processo cui non abbiano partecipato, rappresenta la prova più vistosa circa l’inesistenza di un principio implicito nell’ordinamento che imponga la riflessione generalizzata degli effetti della sentenza.

593 Cfr. in particolare Attardi, *Diritto processuale civile*, cit., I, 512 ss.; CHIZZINI, *L’intervento adesivo*, cit., II, 656 ss.; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 112; LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981 117 ss; Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., 107 ss.; VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile. IV) Cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1971, 481 ss., 506 ss.

594 In tal senso MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 227 ss., ma ancor prima ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 172 ss.

ovvero della irrilevanza, dovrebbe arriversi a sostenere che l'ultimo comma dell'art. 111 c.p.c. "estenda" al successore l'efficacia, rispettivamente, diretta ovvero solo riflessa della sentenza⁵⁹⁵.

Senonché occorre a questo punto interrogarsi in merito all'opportunità di mantenersi ancora fedeli a categorie concettuali e terminologiche elaborate sotto la vigenza di un codice che – non solo non disciplinava espressamente l'istituto della successione nel diritto controverso⁵⁹⁶, ma per di più – rinveniva l'unica norma su cui costruire l'intera dottrina dei limiti soggettivi del giudicato nella scarna disposizione contenuta nell'art. 1351 c.c. del 1865.

Piuttosto, una volta escluso che i codici del 1940-42 abbiano accolto il principio del valore assoluto della sentenza, non è chi non veda come la stessa distinzione tra efficacia diretta e riflessa del giudicato risulti puramente nominalistica⁵⁹⁷, e non faccia altro che sovrapporsi a quella esistente tra la funzione positiva (o conformativa-pregiudiziale) e negativa (cd. *ne bis in idem*) della cosa giudicata⁵⁹⁸.

E' infatti di intuitiva evidenza che il vincolo imposto dall'art. 111, 4° comma, c.p.c. al successore non muti la sua natura a seconda che si interpreti l'istituto della successione nel diritto controverso alla luce della teoria della rilevanza o dell'irrilevanza⁵⁹⁹: il meccanismo da esso predisposto si configura sempre e comunque come una *estensione degli effetti della sentenza* (in particolare di quello di accertamento e degli effetti esecutivi) nei confronti del terzo acquirente, abbia essa ad oggetto la situazione sostanziale propria di quest'ultimo (rilevanza della successione) o quella pregiudiziale del dante causa (irrilevanza della successione), nel qual caso verrà in rilievo la funzione positiva del giudicato⁶⁰⁰.

595 Tale è l'impostazione seguita di recente da

596 Già sotto la vigenza del codice del 1865 era dubbia la qualificazione dell'efficacia della sentenza nei confronti dei successori, da alcuni autori definita come diretta (BETTI, *Trattato*, cit., 218 ss.; ID., *Diritto processuale civile italiano*, cit., 614; CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Riv. Dir. Com.*, 1922, 473 ss., 477) da altri come riflessa (ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 135 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1933, 454)

597 In realtà è la stessa storiografia della letteratura in subjecta materia a incaricarsi di dimostrare come la distinzione tra efficacia diretta ed efficacia riflessa fosse puramente nominalistica; cfr. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1962, 83: "la teoria del Carnelutti [ha] il risultato di distruggere ogni limitazione soggettiva della cosa giudicata [...] ed urta quindi in modo diretto contro l'espressa disposizione dell'art. 1351 cod. civ. Il Carnelutti ha cercato di evitare l'ostacolo, accentuando la distinzione tra efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata. Ma le parole non devono far velo alla realtà e non possono far passare di contrabbando un risultato che [...] ha il torto di essere contraddetto da uno dei più chiari, espliciti e meno discutibili testi della legge, sorretto esso stesso da una imponente, costante, fermissima tradizione storica". VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile. IV) Cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1971, 481 ss., 512: "La questione di sapere se [...] l'efficacia della sentenza debba qualificarsi diretta ovvero riflessa non è qui più che altrove di alcun momento: non perché sia ormai la presenza del dato positivo a renderla a questo proposito inutile, ma perché qui più che altrove è questione di parole e, *levibus atque inanibus sonis*, opera su una distinzione che s'è già vista del tutto inconsistente". Si veda d'altronde la critica rivolta da FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, 110 al Mendesohn-Bartoldy sulla scelta di designare la come "Rechtskrafterstreckung" (estensione del giudicato) l'efficacia del giudicato nei confronti dei terzi

598 In questo senso già LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1962, 188: "La distinzione della efficacia diretta e riflessa della cosa giudicata corrisponde, a me sembra, a quella che, a partire da una nota monografia di Friedrich Ludwig v. Keller, si suole fare tra efficacia negativa e positiva della cosa giudicata"; lo scritto è pubblicato anche in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, 5 ss. In senso analogo PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Padova, 1965, 79: "se non fosse inutile innovare una terminologia oramai tradizionale, invece di distinguere tra efficacia diretta ed efficacia riflessa sarebbe assai più corretto distinguere tra efficacia principale ed efficacia pregiudiziale"

599

600 La sola differenza di rilievo consiste nell'oggetto proprio del giudicato reso in tal modo opponibile a quest'ultimo. In ipotesi di rapporti obbligatori aventi ad oggetto prestazioni generiche, la situazione giuridica soggettiva oggetto dell'accertamento sarà direttamente riferibile al successore per essere questi stato efficacemente sostituito nel giudizio dal proprio dante causa. Al contrario, allorché vengano in rilievo situazioni giuridiche

In tale ottica, che si preferisca parlare di riflessione piuttosto che di estensione del giudicato è una pura scelta di gusto, frutto della tradizionale sistemazione della materia, che non sembra tuttavia apportare alcun contributo ermeneutico chiarificatore, se non piuttosto una certa opacità al fenomeno considerato. Basti in proposito considerare come nella delineata nozione di efficacia riflessa si vorrebbero accomunare ipotesi di successione lite pendente pacificamente rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c. interpretato alla luce della teoria della rilevanza (per cui la soggezione del terzo al giudicato risulterebbe limpidamente dal suo ultimo comma); ed ipotesi in cui, pur non applicandosi l'istituto in esame (successione costitutiva, impugnativa negoziale, mancata allegazione del trasferimento), la medesima efficacia – che dovrebbe comunque avere la consistenza propria del giudicato – risulterebbe imposta in forza di un fondamento che la stessa dottrina riferita non è univoca nell'individuare⁶⁰¹.

A ciò si aggiunga come, anche in una prospettiva comparata, non è dato rinvenire – negli ordinamenti contemporanei e in particolare in quelli europei – l'impiego della nozione di efficacia riflessa associata al vincolo portato dal giudicato; mentre il medesimo significato viene piuttosto espresso dalla funzione positiva del giudicato⁶⁰².

soggettive relative a cose, l'oggetto del giudicato opponibile all'avente causa farà riferimento alla situazione giuridica soggettiva propria del suo autore, restando impregiudicato il segmento della fattispecie relativa all'acquisto del proprio diritto. Il che ovviamente non esclude che la sentenza possa comunque avere efficacia esecutiva per o nei confronti del successore.

601 Così secondo PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 149 – il quale tuttavia riconduce il fenomeno della riflessione non al giudicato, bensì al distinto effetto di accertamento della sentenza (PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 44 ss., 74 ss., 77 ss.) – quello della efficacia riflessa generalizzata costituirebbe un principio generale dell'ordinamento italiano ricavato in via interpretativa – in particolare – dalle norme in materia di trascrizione delle domande giudiziali (PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 197). WIDMANN, *La successione a titolo particolare*, cit., 442 riconduce la soggezione dell'avente causa in corso di giudizio nelle ipotesi non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c. ad “un principio generale [che troverebbe solo parziale estrinsecazione nelle disposizioni degli artt. 2909 c.c. e 111, 4° comma, c.p.c., n.d.a.] in forza del quale chiunque acquisti, successivamente all'instaurazione del giudizio, un diritto dipendente – benché non necessariamente ‘corrispondente’ – a quello oggetto del giudizio stesso, è immancabilmente investito dell'efficacia riflessa della sentenza pronunciata nei riguardi del suo autore”. Distingue invece CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., II, 453 ss.: nei giudizi di impugnativa negoziale – pur esclusi dall'ambito di applicazione dell'istituto della successione nel diritto controverso – “della disciplina dell'art. 111 sarà applicabile solo il riferimento, contenuto al co. 4, alle norme sulla trascrizione delle domande giudiziali, espressione di un principio generale” (*op. ult. cit.*, 453); nelle ipotesi di successione costitutiva, invece, è “ammessa – su di un piano generale – l'estensione, in forza del co. 4 all'avente causa dell'efficacia riflessa del giudicato” (*op. ult. cit.*, 454); in caso di mancata allegazione in giudizio dell'evento successorio la sentenza emessa tra le parti originarie è considerata efficace nei confronti del successore “in virtù di un fenomeno di *efficacia riflessa* [...] in forza della previsione del co. 4 dell'art. 111 e della stessa inclusione degli ‘aventi causa’ (salvo quelli anteriori all'inizio del processo) fra i soggetti cui l'art. 2909 c.c. estende la sfera soggettiva dell'efficacia del giudicato” (*op. ult. cit.*, 459). Al contrario, invece, secondo l'Autore citato, proprio uno dei motivi per escludere l'applicazione della teoria della irrilevanza risiederebbe nel fatto che essa “costringerebbe a ravvisare un fenomeno di *efficacia riflessa* del giudicato in molte ipotesi di successione a titolo particolare” (*op. ult. cit.*, 457).

602 Solo a titolo esemplificativo possono prendersi in considerazione le attestazioni contenute nella manualistica tedesca e spagnola corrente. Cfr. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 871 e 881, chiarisce come la *Bindung bei Praejudizialitaet* si abbia “in den Faellen, in denen die rechtskraeftig festgestellte Rechtsfolge eine praepjudizielle Voraussetzung eines Anspruchs in einem zweiten Prozess darstellt, muss der Richter die rechtskraeftige Entscheidung seinem Urteil zugrunde liegen [...] Die Rechtskraft wirkt in diesem Fall zwar nicht als negative Prozessvoraussetzung”; BLOMEYER, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin, 1963, 458: “Praepjudizielle Bedeutung hat der rechtskraeftig beschiedene Anspruch, wenn er zu den materiellrechtlichen Voraussetzungen des im Nachprozess umstrittenen Rechtsverhaeltnisses gehoert, wenn dieses also von ihm abhaengt”; LUEKE, *Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., Muenchen, 2006, 338: “Die Bindung [der Rechtskraft] kann sich in zweifacher Hinsicht auswirken: wenn derselbe Streit mit demselben Streitgegenstand wiederholt wird [...] oder wenn das Urteil des ersten Prozesses fuer die Entscheidung im neuen Prozess praepjudiziell ist. In beiden Fallgruppen bindet die materielle Rechtskraft das Gericht des zweiten Prozesses. Praktisch wichtiger und haeufiger sind die Faelle der Praepjudizialitaet”. DE LA OLIVA/FERNANDEZ, *Derecho procesal civil*, II, Barcelona, 1988, 169: “mas importante que el ne bis in idem, es la vinculacion prejudicial o positiva que a lo decidido en una sentencia firme debe existir por todos los tribunales en procesos ulteriores en que lo decidido sea parte del objeto de esos procesos”;

Ciò che ci si propone in definitiva nel contesto della presente ricerca – anche al fine di evitare possibili fraintendimenti⁶⁰³ – è di rimodulare la diffusa nomenclatura associata agli effetti della sentenza imposti al successore nell’ambito dell’istituto disciplinato dall’art. 111 c.p.c. In tale ottica, la funzione fondamentale assolta dal 4° comma di tale disposizione sembra essere quella di estendere al terzo acquirente – oltre agli effetti esecutivi – l’efficacia di accertamento propria del giudicato emesso contro il dante causa, nel suo ambito proprio oggettivo, indipendentemente dal fatto che il giudizio – a seguito del trasferimento del diritto controverso – prosegua avendo ad oggetto la posizione giuridica del successore (*Relevanztheorie*) piuttosto che quella del suo autore (*Irrelevanztheorie*).

La soluzione interpretativa proposta dovrebbe peraltro assicurare contro il rischio che possano confondersi, con quello disciplinato dall’art. 111 c.p.c., fenomeni profondamente diversi che più propriamente meriterebbero la qualificazione di *effetti riflessi della sentenza*⁶⁰⁴. Tali possono senz’altro essere considerati quelli disciplinati dagli artt. 1306, 1485, 1595 c.c. e consimili, in cui è quanto meno dubbio – se non del tutto da escludere – che l’incidenza della sentenza nei confronti del terzo possa essere descritta nei termini di una estensione del giudicato⁶⁰⁵.

Del resto, a sancire definitivamente la profonda differenza tra l’efficacia (riflessa) dispiegata dalla sentenza ai sensi delle ultime norme citate rispetto a quella di giudicato propria dell’art. 111 c.p.c., si impone la considerazione delle diverse modalità attraverso cui la sentenza,

DIEZ-PICAZO GIMENEZ/DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, Madrid, 2000, 489: “la función positiva o prejudicial, es decir, la vinculación positiva o prejudicial que, respecto de lo decidido en una resolución firme sobre el fondo, afecta a todos los tribunales en procesos ulteriores en que lo decidido sea parte del objeto de esos procesos”.

603 In questo senso, cioè come frutto di un puro fraintendimento della vulgata in materia di efficacia riflessa della sentenza, sembra doversi interpretare la recente ricostruzione della disciplina della successione nel diritto controverso ispirata alla *Irrelevanztheorie* proposta da WIDMANN, *La successione*, cit., 306 s., la quale ritiene che in tale ipotesi “l’accessione del successore alla lite, così come gli effetti [riflessi, n.d.a.] che a tale accessione conseguono, trovano la loro disciplina nei principi generali del diritto processuale civile, piuttosto che nell’art. 111 c.p.c. Così, la norma che fonda la partecipazione al giudizio dell’acquirente è, già, l’art. 105 comma II c.p.c.: ciò con la conseguenza che l’estromissione dell’alienante non è, in tal caso, nemmeno prospettabile”. Non si ignora certo che in passato fosse discussa la natura dell’intervento dispiegato dal successore ai sensi dell’art. 111, 3° comma, c.p.c., e che in tale contesto si fosse adombrata l’idea che si trattasse di un intervento adesivo dipendente. Evidentemente tuttavia la volontà del legislatore italiano, resa evidente dalla puntuale disciplina della successione nel diritto controverso, è stata quella di prescindere dalla questione della natura dell’intervento onde delinearne il relativo regime. Non sembra pertanto corretto ritenere che, nell’ipotesi in cui il trasferimento lite pendente sia irrilevante nel corso del giudizio, il successore nel diritto controverso possa dispiegare nel processo mero intervento adesivo solo perché ad essergli opposta è l’efficacia – appunto – “riflessa” della sentenza.

604 Non sembra del resto un caso che proprio i sostenitori della tesi dell’efficacia riflessa generalizzata del giudicato si siano visti costretti a muovere una critica radicale alla stessa distinzione tra riflessione dell’accertamento ed effetti riflessi. Sul punto cfr. ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 78; FABBRINI, *Contributo*, cit., 139 s., per il quale gli effetti riflessi non si distinguerebbero in nulla dalla riflessione dell’accertamento; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo*, cit., 88 s., 412 ss., secondo cui gli effetti riflessi risulterebbero estranei all’ordinamento italiano; CARPI, *L’efficacia ultra partes*, cit., 235 s.

605 In riferimento alla circostanza che l’art. 1485 c.c. non dischiuda un fenomeno di riflessione del giudicato, si veda in particolare CHIZZINI, *L’intervento adesivo*, cit., II, 786, secondo il quale “la norma di imputazione non intende in questa fattispecie il rapporto di pregiudizialità-dipendenza nei termini per cui la statuizione compiuta con il primo processo [...] viene a riflettere il proprio valore di accertamento su un altro rapporto dipendente [...] piuttosto, che la sentenza con cui è stata dichiarata la esistenza del diritto operi come mero fatto cui la legge riconnette pretese risarcitorie”. Per una analoga osservazione in riferimento all’art. 1595 c.c., si veda dello stesso autore CHIZZINI, *L’intervento adesivo*, cit., II, 707, nt. 519 e seguente: “nei confronti del subconduttore non si accerta la giuridicità del comportamento ma solo vengono esaminati, per esempio, i presupposti per la costituzione dell’azione esecutiva e quindi vi sia soggezione all’effetto esecutivo. [...] Il che significherebbe che se la decisione vincola il subconduttore rimasto terzo rispetto al processo, questo avviene ai limitati fini della tutela del locatore vittorioso [...] ma non estende la efficacia dell’accertamento giurisdizionale sul subconduttore nei rapporti con il conduttore-sublocatore”.

nei diversi casi, possa venire in rilievo per il terzo in un secondo processo, nell'ipotesi in cui quest'ultimo si svolga, ad esempio, all'estero.

Infatti l'ambito oggettivo e soggettivo di efficacia propria del giudicato, e dunque anche quello scaturito dall'applicazione dell'art. 111 c.p.c., si commisura – secondo l'opinione largamente maggioritaria in dottrina – sulla base della legge regolatrice del processo in cui il giudicato si è formato⁶⁰⁶. Al contrario, invece, gli effetti riflessi contemplati dalle norme sopra citate si comunicheranno ai terzi in successivi giudizi nella misura in cui in essi trovi applicazione il diritto sostanziale italiano.

606 Sul punto NELLE, *Anspruch, Titel und Vollstreckung im internationalen Rechtsverkehr*, Tuebingen, 2000, 591; RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin-Tuebingen, 1949, 520; GEIMER, § 328, in ZOELLER, *Zivilprozessordnung*, Koeln, 2014, 1135; D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 53 ss., 119 ss.; MOSCONI/CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, 6ª ed., Torino, 2013, 290.

CAPITOLO III: INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO E SUO AMBITO DI APPLICAZIONE

45. Riepilogo dei risultati ottenuti, transizione e direzione del proseguo dell'indagine

L'indagine condotta nel capitolo precedente ha permesso, in primo luogo, di evidenziare la cornice europea in cui le discipline nazionali portate dal § 265 e dall'art. 111 c.p.c. – sono destinate a coordinarsi. Ciò è stato possibile interpretando restrittivamente il principio statuito dalla Corte di Giustizia UE in riferimento alla definizione della coincidenza e inscindibilità degli interessi di diversi soggetti al fine dell'individuazione della nozione della “medesima parte” quale presupposto per dar luogo all'applicazione della litispendenza europea ai sensi dell'art. 29 del regolamento 1215/2011.

Si è passati così all'analisi del contesto dogmatico in cui è fiorita in Germania la primitiva disciplina della *Verausserung der streitbefangenen Sache*, seguendone di poi le evoluzioni successive alla positiva regolamentazione legislativa e, infine, al prevalere della *Relevanztheorie*. Si è così potuto constatare come all'affermarsi di quest'ultima doveva congiurare la modificazione dell'intero quadro dogmatico in riferimento a tutta quella serie di istituti che, collocati sul crinale dei rapporti tra diritto e processo⁶⁰⁷, avrebbero provveduto a renderne coerente il funzionamento.

In particolare, in tale contesto, si è constatato come la nozione di *Sachlegitimation*, con cui si sarebbe voluto identificare il meccanismo processuale sotteso al § 265, sarebbe in seguito stata intesa – complice un'originaria ambiguità di fondo nella sua formulazione – in un'accezione meramente civilistica, come legittimazione in senso puramente sostanziale.

Si è quindi passati ad esaminare il fondamento storico della diatriba tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie*, indirizzo che si è prescelto di assumere come ipotesi di lavoro ai fini della determinazione dell'ambito oggettivo dell'accertamento contenuto nella sentenza emessa all'esito di un processo interessato da un fenomeno di successione nel diritto controverso.

In tale direzione si è potuto effettivamente constatare come anche la primordiale distinzione tra la disciplina delle *actiones* e delle *res litigiosae* riposasse sulla particolare concezione del diritto soggettivo e, più in particolare, del diritto reale diffusa in quell'epoca. In tal modo si è ottenuta la conferma di quella che era stata l'originaria intuizione, raggiunta all'esito della ricostruzione storica compiuta nel primo capitolo, secondo cui la disciplina differenziata della successione nel diritto controverso riposasse in ultima istanza sulle caratteristiche proprie della situazione di vantaggio di volta in volta coinvolta nel fenomeno indagato.

E' stato così possibile evidenziare e portare alla luce quegli elementi di struttura delle situazioni sostanziali cd. autodeterminate che consigliano – se non addirittura impongono – l'applicazione della *Irrelevanztheorie*⁶⁰⁸.

Per quanto riguarda le situazioni cd. eterodeterminate, si è proposta una ricostruzione tesa a preservare, almeno in Italia, l'applicazione della *Relevanztheorie*, della quale si è precisata e definita la disciplina anche in riferimento alla normativa di diritto sostanziale relativa alla cessione del credito.

In chiusura si è inoltre vagliata la tenuta della ricostruzione prospettata anche in riferimento alla disciplina degli effetti della sentenza nei confronti del terzo successore,

607 Rapporto tra diritto e azione, nozione di parte, legittimazione ad agire, natura del giudicato

608 Riferimento. Tale conclusione, per l'ordinamento italiano, ha ricevuto inoltre il conforto del dato positivo, soprattutto in riferimento al perimetro oggettivo dell'accertamento relativo ai diritti reali (rivendica), nonché al principio della continuità delle trascrizioni disciplinato dagli artt. 2650 e 2655 c.c.

constatando come il meccanismo predisposto dall'art. 111, 4° comma, c.p.c. risiedesse in ogni caso nell'estensione dell'effetto di accertamento e di quello esecutivi nei confronti del terzo acquirente, a prescindere dall'applicazione della teoria della rilevanza ovvero della irrilevanza

Si ritiene che i risultati per tal via acquisiti si dimostrino particolarmente affidabili, perché tratti non solo da constatazioni puramente teoriche, storiche o dogmatiche, ma anche di carattere pratico-empirico, nonché sulla scorta del diritto positivo.

Ora, non può certo sottovalutarsi l'incidenza che le conclusioni cui si è pervenuti sarebbero in grado di esercitare sulla comprensione corrente dell'art. 111 c.p.c. nonché del § 265 ZPO. Soprattutto in riferimento a quest'ultima norma la ricostruzione proposta potrebbe definirsi epocale in quanto imporrebbe di rigettare un dogma consolidato da più di un secolo, da quando cioè che la *Relevanztheorie* si è imposta quale chiave di lettura del meccanismo sotteso al § 265 ZPO. Si è segnalato tuttavia come sia stata la stessa dottrina tedesca che, in tempi più recenti, ha consapevolmente intrapreso tale indirizzo interpretativo in nome di un rinnovato approccio degli studi processuali, più sensibile ad una interpretazione storico-funzionale dell'istituto, piuttosto che ad esigenze di carattere teorico-dogmatico.

Certamente meno dirompente si dimostrerebbe invece l'impatto della soluzione interpretativa accolta nella letteratura italiana, dove la tesi della irrilevanza ha potuto trovare, nel corso della vigenza dell'attuale art. 111 c.p.c., non pochi e non meno autorevoli sostenitori rispetto alla teoria della rilevanza; mentre – dal canto suo – la giurisprudenza sembra essersi quasi disinteressata al problema.

Si teme, tuttavia, che le questioni insolute che si addensano intorno all'istituto della successione nel diritto controverso non siano comunque destinate a risolversi con un solo tratto di penna.

Invero, come si è avuto modo di rilevare nel corso della ricostruzione storica compiuta nel primo capitolo, l'imporsi della *Relevanztheorie* già in Germania sarebbe coinciso con il progressivo affermarsi di un generale orientamento più o meno consapevolmente volto a limitare ed arginare l'ambito applicativo dei §§ 265 e 325 ZPO⁶⁰⁹. La medesima tendenza interpretativa è stata fatta propria da una parte degli interpreti italiani – segnatamente coloro che avrebbero inteso importare i più stringenti postulati sviluppati nell'ambito della teoria della rilevanza⁶¹⁰ – e a farne le spese, questa volta, sarebbe stato in particolare il coordinamento tra l'art. 111 c.p.c. e la disciplina della trascrizione delle domande giudiziali⁶¹¹, soprattutto in riferimento alle azioni di impugnativa negoziale.

Gli argomenti impiegati a tale scopo sarebbero stati nella sostanza gli stessi sviluppati dalla dottrina tedesca, asetticamente trapiantati nel contesto giuridico italiano: in particolare – oltre a quello relativo alla perdita della legittimazione ad agire quale esplicazione del funzionamento dell'art. 111 c.p.c. – l'affermazione secondo cui soltanto un'*actio in rem* ovvero un'*actio in rem scripta*⁶¹² avrebbe potuto rendere controversa la proprietà di un bene.

609 Si è colta tale linea di sviluppo a margine dell'incidenza che avrebbe esercitato sulla cd. successione costitutiva verificatasi in corso di causa in relazione a situazioni di vantaggio di consistenza reale, fattispecie che può dirsi rappresentare il caso paradigmatico ed emblematico comune sia agli sviluppi dottrinali tedeschi che a quelli italiani (cfr. Par.). Se ne vedranno tuttavia ulteriori ripercussioni anche nell'ordinamento tedesco in riferimento agli istituti della *Vormerkung* (cfr. par.) e delle revocatorie ordinarie e fallimentari (cfr. par.)

610 Il primo consapevole assertore di questo indirizzo può essere considerato il De Marini.

611 E, di nuovo, non è sembrato un caso che ciò si verificasse proprio in relazione a quelle situazioni di vantaggio che, come si è dimostrato, esibiscono caratteristiche strutturali tali da renderle radicalmente incompatibili con la *Relevanztheorie*.

612 Così in Italia, tra tutti, BIGIARI, *Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, 129 ss., 154, sulla scia di Proprio l'argomento – da ultimo riferito – della limitazione alle sole *actiones in rem scriptae* della virtù di rendere controverso il diritto per escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c. le azioni di impugnativa negoziale, dimostra quanto di tralaticio e di irriflesso vi sia nell'interpretazione

Ciò che tuttavia è sinora mancato è stata un'indagine tematica sulla concreta importabilità di una simile impostazione anche nell'ordinamento italiano – soprattutto alla luce del diritto sostanziale ivi applicato⁶¹³ – che andasse al di là di qualche fugace ed isolata incursione nella ricca produzione letteraria che andava fiorendo in Germania in relazione alla successione nel diritto controverso.⁶¹⁴

Di qui l'opportunità di allargare lo spettro dell'indagine ad un raffronto comparativo del diritto sostanziale applicato nei due ordinamenti per valutare se le differenze che si riscontreranno permettano di trarre elementi utili allo scopo dell'indagine

A tale scopo la direzione della ricerca potrà essere circoscritta ad un interrogativo di fondo che potrà essere trattato a margine della risoluzione di un caso pratico: che cosa accadrebbe se, nel corso di un processo pendente in Germania avente ad oggetto l'impugnativa di un contratto traslativo della proprietà disciplinato dal diritto italiano, il convenuto alienasse a un terzo la proprietà del bene trasferito con il contratto impugnato⁶¹⁵. Si tratterà di comprendere quale sia la disciplina nel concreto applicabile e, in particolare, se la fattispecie inverrebbe una ipotesi di successione nel diritto controverso⁶¹⁶.

La risoluzione di tale interrogativo richiederà una non breve elaborazione, in quanto suscettibile di coinvolgere gravose problematiche di diritto internazionale privato, nonché di richiedere una preliminare comparazione tra i sistemi contrattuali e gli strumenti di tutela predisposti dai due ordinamenti.

Contestualmente, l'elaborazione del caso prospettato offrirà l'occasione per delineare il regime internazionalprivatistico dell'istituto della successione nel diritto controverso.

dell'istituto in esame. Al di là della difficoltà di rintracciare con precisione nell'ordinamento attuale a cosa possano corrispondere oggi tali azioni, deve segnalarsi come – secondo la più autorevole dottrina romanistica (sul punto si veda, tra tutti, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 105 s., nonché TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 242 ss.) – l'esempio più tipico di *actio in rem scripta* sarebbe stata l'*actio quod metus causa gestum erit*, ovvero sia proprio l'azione (personale) di annullamento per violenza che dall'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c. si sarebbe voluta escludere.

613 La stessa critica è svolta da MENGONI, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, 360 ss., 379 s., nei confronti della tesi restrittiva elaborata da Proto Pisani.

614 E quand'anche fosse avvertita l'esigenza di discostarsi dalla dimensione prettamente procedurale in cui la comparazione veniva per lo più condotta, ci si sarebbe limitati a dare atto delle soluzioni praticate dalla dottrina e giurisprudenza tedesche, senza valorizzare le premesse di sistema da cui in quell'ordinamento si muoveva BIGIARI, *Risoluzione per inadempimento*, cit.,

615 Si può pensare alla seguente fattispecie: due imprenditori, eventualmente tedeschi, concludono un contratto di trasferimento di un'azienda organizzata per l'esercizio di una impresa commerciale situata in Italia e convengono per iscritto nel contratto di trasferimento (ai sensi dell'art.) che per tutte le controversie nascenti dal contratto sia giurisdizionalmente competente il giudice tedesco. Successivamente l'acquirente si rende inadempiente e l'alienante inizia un processo di risoluzione per inadempimento in Germania a cui, in difetto di espressa pattuizione, dovrà applicarsi il diritto italiano. Nelle more del processo, il convenuto trasferisce l'azienda a un terzo; la causa prosegue e il convenuto soccombe. In alternativa si pensi ancora alla seguente fattispecie: due tedeschi, proprietari di due ville in Italia, sono appassionati d'arte e per hobby comprano e vendono – anche tra di loro – pezzi d'arte di inestimabile valore per adornare la propria dimora italiana. Nel corso di una delle tante trattative che tra loro intercorrono, l'uno dei due carpisce fraudolentemente il consenso dell'altro e si fa trasferire la proprietà di un quadro antico. L'alienante, scoperta successivamente la truffa, propone domanda di annullamento del contratto davanti ad un giudice tedesco – per evitare le famigerate lungaggini della giustizia in Italia – e l'acquirente non eccepisce il difetto di giurisdizione preferendo un processo che si svolga nella propria lingua. Radicata in tal modo la giurisdizione del giudice tedesco, l'acquirente/convenuto nelle more del processo trasferisce a un terzo la proprietà del quadro. In entrambe le ipotesi prospettate si avrà un processo svolgentesi in Germania secondo la disciplina della Zivilprozessordnung, ma la *lex causae* sarà evidentemente il diritto italiano; inoltre lite pendente si verifica una fattispecie astrattamente idonea a dar luogo all'applicazione dei §§ 265 e 325.

616 L'interrogativo non può certo ritenersi casuale. Si è visto infatti come proprio in materia di impugnative contrattuali si siano riscontrate nella letteratura italiana radicali divergenze di opinione in relazione all'applicabilità dell'art 111 c.p.c.

Sezione II: Quadro di riferimento comparato e internazionale-privatistico

46. Premessa e metodo di indagine: il principio di territorialità della *lex fori*

Nel corso della trattazione si è più volte fatto riferimento a profonde diversità di sistema esistenti tra l'ordinamento tedesco e quello italiano in materia di circolazione dei diritti, di azioni di restituzione, nonché nella predisposizione – diversamente modulata tra Italia e Germania – di strumenti di tutela stragiudiziali (poteri formativi sostanziali) ovvero a necessario esercizio giudiziale (azioni costitutive) proprio in riferimento alla materia delle impugnative contrattuali. Non è chi non veda come si tratti di istituti suscettibili di interferire nelle dinamiche applicative del § 265 ZPO e dell'art. 111 c.p.c., soprattutto in relazione alla risoluzione dell'interrogativo che ci si è più sopra posti.

Si tratterà ora di mettere a fuoco tematicamente tali diversità di struttura tra gli ordinamenti, per interrogarsi contestualmente circa il loro riverbero, anche in chiave processuale, sul campo di applicazione dell'istituto della successione nel diritto controverso.

Per operare tale raffronto si farà attivamente impiego degli strumenti elaborati in materia di diritto internazionale privato e processuale, i quali consentiranno di affiancare, al raffronto statico-comparativo dei principi informatori vigenti nei due ordinamenti in materia di circolazione dei diritti e di strumenti di tutela, anche un'analisi dinamica volta a dare concretezza all'esposizione.

A tal fine può immaginarsi l'ipotesi più semplice di un processo, svolgentesi in Italia ovvero in Germania, che esibisca già di per sé elementi di transnazionalità rispetto alla legge del foro (per esservi ad esempio – come nel caso che ci si è proposti di risolvere – applicato il diritto materiale dell'altro ordinamento) e che venga ad essere successivamente interessato da un fenomeno successorio variamente ricollegato alla pretesa in esso fatta valere. In questo caso l'interrogativo primario da risolvere sarà rivestito dalle condizioni e dai limiti in cui una situazione giuridica sostanziale possa ritenersi controversa ai fini dell'applicazione degli istituti disciplinati dal § 265 e dall'art. 111 c.p.c. in relazione al diverso diritto materiale applicato al processo.

Ma la casistica può arrivare a complicarsi in considerazione del fatto che sia lo stesso fenomeno successorio verificatosi in corso di giudizio ad esibire elementi di transnazionalità (eventualmente sia in relazione alla *lex fori* che disciplina il processo che rispetto alla *lex causae* applicata al merito della controversia). Si faccia l'esempio di una controversia svolgentesi in Italia, dove trovi applicazione il diritto sostanziale tedesco, in relazione a un bene che si trovi o venga trasferito in un paese terzo, ovvero ancora alla cessione del credito controverso a beneficio di un soggetto domiciliato in un paese terzo.

In tal caso sarà la stessa fattispecie successoria ad esibire un ancoraggio – *rectius* un collegamento – ad un ordinamento straniero. Di qui, la necessità di definire la configurazione che può venire ad assumere l'istituto in esame, soprattutto in riferimento a quegli elementi della sua disciplina che sembrano far riferimento a profili e questioni di carattere eminentemente sostanziale (si pensi alla disciplina dell'atto di disposizione incidente sul processo in corso ai sensi del 1° comma dell'art. 111 c.p.c., ovvero alla fattispecie di acquisto a titolo originario richiamata dal 4° comma del medesimo articolo).

E' anzi quest'ultimo profilo a rivestire prioritario interesse nell'economia della presente ricerca, in quanto consente preliminarmente di disegnare quella che è stata efficacemente descritta come “la dimensione transnazionale dell'istituto della successione nel diritto controverso”⁶¹⁷. Lo scopo che ci si propone sarà dunque, in via preliminare, quello di individuare l'assetto che l'istituto in esame assume nell'ipotesi di un fenomeno successorio contraddistinto da elementi di transnazionalità; solo in un secondo momento sarà possibile

instaurare – sulla base dei risultati a cui si sarà pervenuti – un raffronto comparativo tra la disciplina sostanziale vigente nell’ordinamento tedesco e italiano.

Procedendo nella direzione di ricerca indicata, un primo profilo problematico risiede nella necessità di individuare la natura di disposizioni, come quelle contenute al § 265 ZPO e all’art. 111 c.p.c., volte a regolamentare le ripercussioni su di un processo di un atto dispositivo incidente sul diritto controverso. Ciò al fine di stabilire la pertinenza di tale normativa alla materia del diritto processuale – come tale assoggettata al principio di territorialità della *lex fori* – ovvero a quella del diritto sostanziale, inevitabilmente attratta dalla *lex causae*.

La ricerca ha infatti sin qui evidenziato come tale istituto si sia sempre collocato sul crinale dei rapporti tra diritto e processo e, del resto, la stessa fattispecie da esso disciplinata contiene indubbi elementi di rilievo sostanziale, quali la previsione di un atto dispositivo in qualche modo incidente sulla pretesa fatta valere, il riferimento a ipotesi di acquisto *a non domino* nonché – ma qui il dubbio sulla natura sostanziale della previsione si fa più forte – l’assoggettamento del successore agli effetti della sentenza pronunciata al termine del processo.

Al riguardo appare tuttavia dirimente l’osservazione secondo cui, nel compiere tale valutazione, debba esser data prevalenza al carattere funzionale delle norme considerate⁶¹⁸; e, dal momento che queste ultime sono indubbiamente volte a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale impartita dal singolo ordinamento, non può che conseguirne la pertinenza dell’istituto in esame alla normativa prettamente processuale⁶¹⁹.

Da ciò discende che il § 265 ZPO e l’art. 111 c.p.c. troveranno applicazione – in ossequio al principio di territorialità della *lex fori* – nei procedimenti retti e regolati dai rispettivi ordinamenti processuali⁶²⁰.

In particolare, i profili ad essere disciplinati dalla *lex fori* saranno costituiti dalle ripercussioni sul processo dell’atto di disposizione, dai poteri processuali di cui sarà investito il dante causa nonché dalle facoltà di intervento, di chiamata in causa ed eventualmente di impugnazione della sentenza concessi al successore a titolo particolare. Del pari, in base all’opinione che appare preferibile e del resto dominante in letteratura, sarà la stessa *lex fori* a determinare l’ambito oggettivo dell’accertamento contenuto nella sentenza, nonché i limiti soggettivi di opponibilità della stessa in vista di un futuro riconoscimento in un paese terzo.

47. La cornice internazionale-privatistica dell’istituto della successione nel diritto controverso: l’individuazione del diritto materiale applicabile alla cessione del credito e alla surrogazione

La correttezza delle conclusioni da ultimo raggiunte non sono contraddette dal diretto riferimento, operato dai §§ 265 e 325 ZPO e dall’art. 111 c.p.c., a fattispecie che sembrerebbero di esclusiva pertinenza del diritto sostanziale, quali la previsione di un atto astrattamente idoneo al trasferimento del diritto controverso nonché le ipotesi – che si pongono come limiti all’estensione dell’efficacia soggettiva della sentenza – di acquisto *a non domino* contemplate. Piuttosto sembra possibile ritenere che tali elementi della fattispecie, qualora siano contrassegnati da elementi di transnazionalità, saranno suscettibili di trovare un autonomo

618 In questo senso Widmann, 487

619 Cfr. al riguardo GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Koeln, 2005, 147, secondo il quale per la questione relativa alle modalità e all’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti (Justizgewährung) è di competenza della *lex fori*, per cui risulta esclusa a priori la possibilità di fare rinvio a norme di un ordinamento straniero.

620 Analogamente Widmann, 488. MOSCONI/CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, 6ª ed., Torino, 2013, 148 ss.

criterio di collegamento rispetto alla *lex fori* individuato in base alla tecnica del frazionamento della fattispecie o *depaçage*⁶²¹.

Si pone così il problema di individuare la specifica norma di conflitto fonte del rinvio internazional-privatistico in base a cui determinare il diritto applicabile ai singoli elementi della fattispecie di rilievo sostanziale ricompresi nella disciplina della successione nel diritto controverso. Solo attraverso tale operazione ermeneutica sarà possibile valutare la ricorrenza di un atto dispositivo sul diritto controverso e di un acquisto *a non domino* dello stesso⁶²².

Vista la varietà delle fattispecie che possono dar luogo ad una successione nel diritto controverso, si prenderanno in considerazione quelle tra di esse che con maggior frequenza potranno presentarsi in un contesto internazional-privatistico: segnatamente le ipotesi di cessione o surrogazione nel credito, nonché quelle relative al trasferimento della proprietà di un bene materiale.

Così, in materia di cessione ovvero di surrogazione convenzionale nel credito controverso⁶²³, la disciplina di conflitto applicabile⁶²⁴ è quella individuata dal regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea n. 593/2008 del 17 giugno 2008 (di seguito Roma I). In particolare, l'art. 14, 2° comma⁶²⁵, di tale regolamento stabilisce che la cedibilità del credito, i rapporti tra cessionario/surrogato e debitore, nonché le questioni relative all'opponibilità della cessione o della surrogazione al debitore sono regolate dalla legge che disciplina il credito ceduto o surrogato, e dunque dalla medesima *lex causae* applicata al merito della controversia nel corso della quale il credito viene trasferito⁶²⁶.

621 MOSCONI/CAMPIGLIO, *Diritto internazionale*, cit., 224 ss.

622 Tutto ciò presuppone che sia a monte risolta la questione relativa all'ordinamento da cui desumere i canoni interpretativi alla luce dei quali operare la qualificazione di tali elementi della fattispecie. Secondo l'opinione che appare preferibile, tale valutazione dovrà essere compiuta in base all'ordinamento al quale appartiene la norma di diritto internazionale privato fonte del rinvio: dunque, a seconda dei casi, in base alla stessa *lex fori* ovvero alla luce dell'ordinamento comunitario. Cfr. MOSCONI/CAMPIGLIO, *Diritto internazionale*, cit., 207 ss.; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Koeln, 2005, 7, 140 ss.

623 Si pensi all'ipotesi della cessione del credito controverso in base ad un atto di cessione disciplinato dal diritto straniero.

624 La quale, fra l'altro, risulta univocamente individuata dalle norme di diritto internazionale privato vigenti sia in Italia (art. 57, l. 31 maggio 1995, n. 218) che in Germania (art. 3 dell'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, in prosieguo: EGBGB seppure in via sussidiaria all'applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite sottoscritta a Vienna in materia di contratti per la vendita internazionale dei beni mobili) e dunque valevole anche nei rapporti con Stati terzi.

625 Sotto la rubrica: "Cessione di credito e surrogazione convenzionale" stabilisce l'art. 14 Reg. Roma I: "1. I rapporti tra cedente e cessionario o tra surrogante e surrogato nell'ambito di una cessione o di una surrogazione convenzionale di credito nei confronti di un altro soggetto («il debitore») sono disciplinati dalla legge che, in forza del presente regolamento, si applica al contratto che li vincola. 2. La legge che disciplina il credito ceduto o surrogato determina la cedibilità di questo, i rapporti tra cessionario o surrogato e debitore, le condizioni di opponibilità della cessione o surrogazione al debitore e il carattere liberatorio della prestazione fatta dal debitore. 3. Il concetto di cessione nel presente articolo include i trasferimenti definitivi di crediti, i trasferimenti di crediti a titolo di garanzia nonché gli impegni e altri diritti di garanzia sui crediti".

626 Al contrario, ogni altra questione – come quella relativa al rapporto tra cedente e cessionario o surrogante e surrogato (art. 14, 1° comma, reg. Roma I), alla validità ed efficacia della cessione (art. 10, reg. Roma I) – è regolata dalla legge applicabile al rapporto tra cedente e cessionario. Ne consegue che, nei processi interessati da una cessione del credito dotata di profili di transnazionalità, solo a seguito dell'intervento del cessionario e di eventuale contestazione (da parte dello stesso cedente o del debitore ceduto) della validità o efficacia dell'intervenuta cessione, il giudice potrà essere costretto a dare applicazione ad un diritto potenzialmente diverso da quello applicato fino a quel momento al merito della causa. Si pensi alla ipotesi in cui l'attore – soggetto creditore francese che agisca in Italia contro il proprio debitore in base ad un rapporto regolato dal diritto italiano – ceda in pendenza di lite il proprio credito a una società tedesca in base ad un accordo di cessione disciplinato dal diritto tedesco. Fintanto che il processo prosegua tra le parti originarie il giudice per valutare la cedibilità del credito, l'opponibilità della cessione al debitore nonché le eccezioni opponibili dal medesimo debitore nei confronti del cessionario dovrà fare riferimento

Più complessa, per non dire problematica, è invece la disciplina della surrogazione legale⁶²⁷, per la quale la legge applicabile è individuata dall'art. 15 del reg. Roma I (nonché dall'art. 19 regolamento Roma II, in ipotesi di obbligazione originaria non contrattuale)⁶²⁸ in quella disciplinante il rapporto tra il terzo legalmente surrogato (si pensi al fideiussore o ad una assicurazione che abbia pagato il debito dell'assicurato in pendenza di giudizio) e il debitore, dunque un diritto potenzialmente diverso da quello della *lex causae* fino a quel momento applicata al merito della controversia tra creditore principale e debitore⁶²⁹.

Nel caso di specie, i profili di problematicità di cui si è fatta menzione potrebbero essere legati alla applicazione della *Relevanztheorie*. Infatti, in concomitanza con la allegazione della intervenuta surrogazione e la sua piena rilevanza nel giudizio⁶³⁰, dovrebbe ritenersi che il processo prosegua tra le medesime parti il cui rapporto continuerà ad essere regolato dalla originaria *lex causae*. Tale controversia risulterà tuttavia ridimensionata a mera questione pregiudiziale – da decidersi sempre con efficacia di giudicato –, mentre in riferimento al rapporto di surrogazione troverebbe applicazione il (potenzialmente) diverso diritto disciplinante il rapporto tra debitore e terzo surrogato.

Ciò che potrebbe costituire – se non ci si inganna – un argomento che dovrebbe sconsigliare l'applicazione della *Relevanztheorie*, o quanto meno subordinare la rilevanza della surrogazione intervenuta in pendenza di giudizio all'interno del processo all'intervento in causa da parte del terzo surrogante⁶³¹.

agli artt. 1260 ss c.c. (per cui, in questa sede, può generalmente rinviarsi a quanto detto a proposito di essi, in particolare all'art. 1264 c.c.). Tuttavia, a seguito dell'intervento del cessionario nel processo e del sorgere di una contestazione in riferimento alla validità ed efficacia della cessione, il giudice sarà chiamato ad applicare a tale rapporto il diritto tedesco, dunque i §§ 398 ss BGB)

627 Per l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. alla surrogazione legale si veda DE MARINI, *La successione*, cit., 76 ss. Si tratta anzi dell'ipotesi in cui verosimilmente l'istituto della successione nel diritto controverso troverà più frequente applicazione vista anche la varietà delle fattispecie che ad essa possono venire ricondotte: si pensi alla surrogazione dell'assicuratore ai sensi dell'art. 1916 c.c., ma anche alle varie fattispecie riconducibili all'art. 1203 c.c.

628 Art. 15 reg. Roma I: "Surrogazione legale Qualora, in virtù di un'obbligazione contrattuale [extracontrattuale ai sensi dell'art. 19 reg. Roma II, n.d.a.], un soggetto, il creditore, vanti diritti nei confronti di un altro soggetto, il debitore, e un terzo sia tenuto a soddisfare il creditore, ovvero il terzo abbia soddisfatto il creditore in esecuzione di questo obbligo, la legge applicabile a tale obbligo del terzo determina se e in quale misura questi possa esercitare nei confronti del debitore i diritti vantati dal creditore nei confronti del debitore in base alla legge che disciplina i loro rapporti".

629 Si pensi all'ipotesi in cui l'attore – creditore francese che agisca in Italia contro il proprio debitore in base ad un rapporto regolato dal diritto francese – venga soddisfatto in pendenza di lite dal fideiussore del debitore in base ad un rapporto di fideiussione che lo lega a quest'ultimo regolato dal diritto tedesco. In tal caso, per la configurabilità di un'ipotesi di surrogazione – e dunque, secondo l'opinione che appare preferibile, di successione a titolo particolare nel credito – dovrà ovviamente farsi riferimento al diritto materiale tedesco (richiamato nel caso di specie dall'art. 15 reg. Roma I ovvero dall'art. 19 reg. Roma II) che disciplina il rapporto di fideiussione e che prevede per l'appunto al § 774, Abs. 1, BGB un *gesetzlicher Forderungsuebergang* a favore del fideiussore (la stessa dottrina tedesca ritiene applicabile il § 265 ZPO anche alle ipotesi di trasferimento legale del credito: si veda tra tutti BECKER-EBERHARD, § 265, in *Muenchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, 4. Aufl., Muenchen, 2013, 1599). Dunque, nel processo svolgentesi in Italia si darà applicazione all'art. 111 c.p.c. in riferimento a tutte le disposizioni di carattere eminentemente processuale (proseguimento del processo, facoltà di intervento nonché di chiamata in causa del fideiussore, impugnabilità da parte di quest'ultimo della sentenza emessa contro il creditore principale, nonché possibilità di estromissione di quest'ultimo), tuttavia non è chi non veda come a seguito della surrogazione del fideiussore – se si accettano i postulati della *Relevanztheorie* – lo stesso diritto materiale applicato al merito della controversia dovrebbe venire ad essere mutato da quello francese, che disciplinava l'originario rapporto tra creditore e debitore, a quello tedesco che regola il rapporto di fideiussione. Il che – come si dirà a breve nel testo – potrebbe costituire ulteriore argomento contrario all'applicabilità della *Relevanztheorie* nell'ipotesi prefigurata.

630 E sempre ammesso che il diritto richiamato dagli artt. 15 reg. Roma I e 19 reg. Roma II ed applicabile alla surrogazione legale faccia dipendere l'opponibilità della surrogazione nei confronti del debitore dalla conoscenza legale che quest'ultimo ne abbia: circostanza che sembrerebbe da escludersi proprio in relazione al diritto tedesco.

48. (Segue): il diritto materiale applicabile al trasferimento e alla costituzione dei diritti reali

Quanto invece alle situazioni giuridiche di consistenza reale, non rinvenendosi una fonte di natura convenzionale o comunitaria che disciplini omogeneamente per entrambi gli ordinamenti il diritto materiale applicabile al loro trasferimento⁶³², dovrà farsi ricorso alla normativa di diritto internazionale privato in vigore nell'ordinamento tedesco e italiano e, più in particolare, alle norme di conflitto relative all'acquisto dei diritti reali. Tralasciando per ora discipline settoriali come quelle delle *res in transitu* ovvero dei beni immateriali, le norme di riferimento possono essere individuate negli artt. 51, 2° comma, e 53 della l. 218/95 e nell'art. 43, Abs. 1, EGBGB, le quali hanno recepito la tendenza comune alla stragrande maggioranza degli ordinamenti statuali di rinviare al diritto applicabile nel luogo di situazione dei beni mobili e immobili trasferiti (cd. *lex rei sitae*).

Deve tuttavia precisarsi come il rinvio internazionale-privatistico compiuto dagli artt. 51, 2° comma, l. 218/95 e 43 EGBGB dovrà intendersi riferito alle sole norme di tale ordinamento disciplinanti i modi di acquisto dei diritti reali e non necessariamente a quelle concernenti i relativi titoli di trasferimento. E' noto infatti come nella considerazione internazionale-privatistica dei contratti ad effetti reali si ripropone – anche in ordinamenti che hanno accolto il principio consensualistico – la classica distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*, ai quali potrebbero risultare applicabili diverse discipline normative⁶³³.

Il contratto obbligatorio (*titulus*) sarà infatti soggetto al diritto sostanziale individuato in base alla norma di rinvio in materia di obbligazioni contrattuali (*lex contractus*): dunque, per un processo che si svolga in Italia o in Germania, la legge cui faranno di volta in volta rinvio gli artt. 3 ss. del regolamento Roma I. Il diritto in tal modo individuato rappresenterà la disciplina applicabile, nell'ordine, al venire in essere e alla validità sostanziale del contratto (art. 10, reg. Roma I), alla sua validità formale (art. 11) nonché alla sua interpretazione, alle conseguenze dell'adempimento o dell'inadempimento delle sue obbligazioni e alle altre cause di estinzione delle stesse nonché alle conseguenze meramente obbligatorie della sua invalidità⁶³⁴ (art. 12).

La medesima *lex contractus* disciplinerà inoltre gli strumenti di impugnativa negoziale e, in particolare, definirà se a tal fine sarà necessario ricorrere all'autorità giurisdizionale – come generalmente accade in Italia o in Francia – ovvero se basterà una impugnazione stragiudiziale da effettuarsi con dichiarazione recettizia come avviene nell'ordinamento tedesco

631 Si pensi, per fare un esempio, ai delicati profili concernenti la conoscenza del diritto straniero ad opera dei procuratori delle parti costituite.

632 Reg. Roma I; Convenzione di Vienna del 1980

633 Unanime in tal senso la dottrina tedesca: cfr. WENDEHORST, *Art. 43 EGBGB*, in Staudinger: “*Unabhaengig davon, ob die lex causae vom Trennungsprinzip ausgeht oder nicht, ist das Geschaefit fuer die kollisionsrechtliche Betrachtung in einen schuldrechtlichen und einen dinglichen Teil auszuspalten. Jeder dieser Teile wird jeweils gesondert angeknuepft und unterliegt seinem eigenen Statut. Sofern das danach berufene Sachstatut die Aenderung der dinglichen Rechtslage von der Wirksamkeit eines Kausalgeschaefits abhaengig macht, stellt diese eine Vorfrage im Sinne eines praejudiziellen Rechtsverhaeltnisses im Tatbestand der berufenen Sachnormen dar*”; HOFFMANN/THORN, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., Muenchen, 2007, 519; Stoll, in Staudinger, *Internationales Sachenrecht*, Rn. 296

634 Il regolamento Roma I si applica infatti al solo contratto ad effetti obbligatori, e dunque alle invalidità che inficino i medesimi; in riferimento invece alla validità e alle conseguenze dell'invalidità del contratto traslativo si farà riferimento alla norma di conflitto in materia di diritti reali. Si veda in proposito SPELLENBERG, *Art. 12 Rom I-VO*, in *Muenchner Kommentar*, 5. Aufl., Muenchen, 2010, 1015: “*Wenn, wie meist, die Leistung eine Uebereignung oder eine andere Verfuegung [...] so richtet sich der Wirksamkeit [...] nach einem eigenen Statut, bei Uebereignung von Sache nach Art. 43 EGBGB*”. In senso analogo MAGNUS, *Art. 12 Rom I-VO*, in STAUDINGER, *Internationales Vertragsrecht*, 2, XIII, 2016, 90: “*Ist fuer die Erfuellung ein Verfuegungsvorgang erforderlich, so gilt fuer ihn ebenfalls nicht Art. 12, sondern jeweils eigenes Kollisionsrecht. So untersteht der Eigentumsuebergang, selbst wenn ihn das anwendbare Vertragsrecht bereits an den Vertragsschluss knuepft [...] den Regeln des internationalen Sachenrechts (Art. 43 ff EGBGB)*”

ai sensi dei §§ 143 e 349 BGB. Ciò significa che, nel caso in cui la *lex contractus* non coincida con la *lex fori* – ipotesi ritenuta perfettamente ammissibile e assai frequente nel commercio internazionale – potrà darsi l'eventualità di un'azione costitutiva di impugnativa contrattuale disciplinata dal diritto italiano (artt. 1441, 1453, etc. c.c.) da esercitarsi innanzi all'autorità giurisdizionale tedesca chiamata a pronunciarsi con sentenza costitutiva⁶³⁵

Al contrario, il modo di acquisto e di costituzione (*modus acquirendi*) dei diritti reali, e dunque tutte le questioni relative al momento e alle formalità necessarie per il perfezionarsi del trasferimento della proprietà a titolo derivativo, nonché anche per l'inverarsi di un acquisto a titolo originario, saranno da risolvere sulla base della *lex rei sitae*. E' dunque a tale disciplina che dovrà aversi riguardo per valutare se già al contratto causale (di compravendita) sia conferita di per sé efficacia reale ovvero se per il prodursi di quest'ultima non si rendano necessari ulteriori atti, eventualmente negoziali, di disposizione (es. consegna). E sempre sulla base di essa dovrà valutarsi se tale atto di disposizione abbia carattere causale o astratto e quindi le eventuali ripercussioni del venir meno del negozio causale sugli effetti reali *medio tempore* prodotti⁶³⁶.

Ben possono immaginarsi, dunque, le molteplici variabili e combinazioni che potranno presentarsi in relazione alla determinazione della legge applicabile alle operazioni di trasferimento e costituzione di diritti reali a carattere transfrontaliero.

Volendo tuttavia limitare l'analisi alle dinamiche applicative dell'istituto della successione nel diritto controverso, è ben evidente che ad avere rilievo in tale contesto sarà unicamente la *lex rei sitae*, ovvero il diritto individuato dal luogo di situazione del bene coinvolto nel processo e dal trasferimento operato in corso di causa. Sarà infatti a partire dalle norme di tale ordinamento che dovrà ricostruirsi il regime del trasferimento dei diritti reali e, in particolare, individuarsi l'atto di disposizione incidente sul bene in relazione al quale è condotto il processo.

Ora, seppure nella maggioranza dei casi il diritto applicabile all'atto di disposizione del diritto tenderà generalmente ad identificarsi con la legge regolatrice del processo – per la tendenziale coincidenza del luogo in cui quest'ultimo si svolge con quello di situazione del bene⁶³⁷ – non possono tuttavia escludersi ipotesi in cui tale coincidenza non si verifichi, come nel caso di azioni reali aventi ad oggetto beni mobili situati all'estero nonché nelle controversie relative ad operazioni contrattuali che abbiano ad oggetto l'acquisto di beni mobili⁶³⁸.

635 Ipotesi pacifica in dottrina: SPELLENBERG, *Art. 12 Rom I-VO*, in *Muenchner Kommentar*, cit., 1016; MAGNUS, *Art. 12 Rom I-VO*, in STAUDINGER, *Internationales Vertragsrecht*, cit., 92; REITHMANN/MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, 8. Aufl., 2015, 240; HAUSMANN, *Art. 10 Rom I-VO*, in STAUDINGER, *Internationales Vertragsrecht*, 2, XIII, 2016, 90; e in giurisprudenza: LG Hamburg v. 30.11.1977 – 5 O 104/77, in IPRspr. 1977 Nr. 23; RIW 1980, 517; OLG Frankfurt NJW-RR, 1993, 182 = IPRspr. 1992, Nr. 40.

636 KEGEL/SCHURING, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., Muenchen, 2004, 768: “Die *lex rei sitae* ordnet an, ob eine dingliche Verfuegung abstrakt oder kausal ist”. In senso conforme BGH NJW 00, 1487. Si veda inoltre HOFFMANN/THORN, *Internationales Privatrecht*, cit., 519: “Die *lex rei sitae* entscheidet auch, ob und wie sich Maengel des Kausalgeschaefts auf die dingliche Rechtslage auswirken”, il quale propone il seguente esempio: un tedesco vende la propria villa situata in Corsica a un francese e, nel contratto di compravendita, viene pattuita l'applicazione del diritto tedesco. Successivamente l'acquirente, sentendosi raggirato, impugna stragiudizialmente il contratto – in base alla normativa tedesca applicabile al titolo di acquisto – e pretende la restituzione del denaro. Le conseguenze di un'efficace impugnazione del contratto sull'effetto traslativo già prodotto devono essere valutate in base al diritto vigente in Francia (*lex rei sitae*): dato che, ai sensi di quest'ultimo, l'effetto traslativo della proprietà dipende dall'esistenza di un valido contratto di vendita, ne discende che con l'impugnazione la proprietà retrocede automaticamente nelle mani del venditore. Stoll, in Staudinger, *Internationales Sachenrecht*, Rn. 296

637 Per le azioni reali relative a diritti immobiliari ciò sarà la regola, stante la competenza giurisdizionale esclusiva attribuita dall'art.

638 Per fare un esempio concreto può pensarsi alla seguente fattispecie: una società tedesca acquista un costoso macchinario industriale da una impresa italiana, la quale si incarica di curarne il trasporto in Germania. Durante il tragitto tuttavia l'impresa italiana esercita la facoltà, riconosciutale dall'art. 1685 c.c., di sospendere il trasporto

Ne consegue che in tali ipotesi in cui si assiste ad una scissione tra *lex fori* e *lex rei sitae*, il ricorrere di un atto di trasferimento sul bene controverso e l'inverarsi di una ipotesi di acquisto *a non domino* dovranno essere valutate alla luce del diritto applicato nel luogo in cui il bene si trova, indipendentemente dal diritto che sia ritenuto applicabile al contratto causale di trasferimento (*lex contractus*).

Tracciato nelle sue linee essenziali il profilo transnazionale della disciplina della successione nel diritto controverso, può ora passarsi all'esame comparato del sistema contrattuale vigente nell'ordinamento italiano e tedesco.

49. Sistemi contrattuali e restitutori a confronto: *Trennungs-* e *Abstraktionsprinzip*, l'*abstrakter dinglicher Vertrag* e la sua incidenza sulle conseguenti azioni di restituzione (*Herausgabeanspruch*)

Si è già fatto già più volte riferimento al fatto che l'ordinamento tedesco⁶³⁹ non accoglie – come quello italiano – il principio del consenso traslativo in materia contrattuale, ma è rimasto fedele al principio romanistico della netta distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*⁶⁴⁰. Quest'ultima nel sistema contrattuale tedesco sopravvive nella forma della netta

temendo l'inadempimento della società tedesca ovvero paventando che quest'ultima si renda del tutto insolvente. Il macchinario viene così provvisoriamente collocato in un deposito situato in Austria in attesa di trovare un nuovo acquirente. Venuta a conoscenza dell'accaduto la società tedesca (o, per lei, il curatore fallimentare) decide di intraprendere un'azione giudiziaria – per la quale può ipotizzarsi che la competenza giurisdizionale fosse stata convenzionalmente stabilita in Italia o in Germania – per ottenere la consegna del macchinario, eventualmente fondando la pretesa (anche) sulla proprietà del medesimo, già acquisita per effetto del contratto traslativo di compravendita ai sensi dell'art. 1376 c.c. ovvero 1378 c.c., ritenuti applicabili in quanto il bene al momento dell'acquisto si trovava in Italia (per la possibilità del destinatario di esercitare nell'ipotesi prefigurata un'azione di rivendica, cfr. GONNELLI/MIRABELLI, *Trasporto (dir. Priv.)*, in *Enc dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1154 ss., 1164). Si immagini poi che, nel corso del processo, l'impresa italiana trasferisca proprietà e possesso del macchinario ad un imprenditore austriaco. Ora, nell'esempio prospettato – come in ogni altra fattispecie simile che possa immaginarsi – si ritiene che la valutazione relativa al carattere controverso del diritto di proprietà debba essere effettuata attraverso una complessa operazione ermeneutica di qualificazione effettuata sulla base della *lex fori*, avente ad oggetto l'azione concretamente esercitata nel processo (nel caso specifico non può esservi alcun dubbio sulla circostanza che la proprietà del macchinario sia resa controversa in virtù dell'azione di rivendica esercitata, sia ai sensi dell'art. 111 c.p.c. che del § 265 ZPO). Al contrario invece, la ricorrenza di un atto di disposizione incidente sulla proprietà del bene nonché di un eventuale acquisto *a non domino* da parte dell'acquirente dovrà essere valutata sulla base della *lex rei sitae*, ovvero nella fattispecie il diritto austriaco. Non è chi non veda come si tratti di una costellazione di fattispecie che potrà verificarsi anche con una certa frequenza nel settore della compravendita internazionale di merci, ovvero a quelle relative a *res in transitu*, allorché la competenza giurisdizionale sia predeterminata contrattualmente e non coincida con il luogo di situazione del bene.

639 Al sistema contrattuale tedesco, e in particolare al *Trennungs-* e all'*Abstraktionsprinzip*, di cui di seguito nel testo, sono dedicate le pagine centrali di ogni trattazione manualistica in materia di *Allgemeiner Teil des BGB*, *Schuldrecht* e *Sachenrecht*: si vedano in proposito, tra gli altri, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9a ed., Monaco, 2004, 410 ss.; BROX/WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 31. Aufl., Monaco, 2007, 63 ss.; PRUETTING, *Sachenrecht*, 34. Aufl., Monaco, 2010, 12 ss.; BAUR-STUERNER, *Sachenrecht*, 18 Aufl., Monaco, 2009, 55 ss.; MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1994, 93 ss.; WEBER, *Sachenrecht*, I, 4. Aufl., Baden-Baden, 2016, 72 ss.; HUETTE/HELBROUN, *Sachenrecht*, I, 2. Aufl., Bremen, 2005, 23 ss.; KOEHLER, *BGB Allgemeiner Teil*, Muenchen, 2010, 92; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., Muenchen 2012, 382; WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN, *Sachenrecht*, 8. Aufl., Heidelberg, 2011, 32 ss. Ad esse possono aggiungersi numerose pubblicazioni nelle riviste specialistiche che alimentano un cospicuo dibattito soprattutto: GRIGOLEIT, *Abstraktion und Willensmangel – Die Anfechtbarkeit des Verfaegungsgeschaefts*, in *Archiv fuer die civilistische Praxis*, 1999, 379 ss.; BAYERLE, *Trennung- und Abstraktionsprinzip in der Fallbearbeitung*, in *Jus*, 2009, 1079 ss.; JAUERNIG, *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*, in *Juristische Schulung*, 1994, 721 ss. Per uno studio comparato dei diversi sistemi contrattuali si veda STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tuebingen, 1996. Nella letteratura italiana si veda GIORGIANNI, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1974, 21 ss.; GUARNERI, *Diritti reali, cit.*, 54 ss.; GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in SACCO, *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1997, 219 ss.; FERRARI, *Abstraktionsprinzip. Traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento dei beni mobili. Una superabile divaricazione?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 729 ss.; VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica e comparatistica*, II, Milano, 1991

contrapposizione, incarnata nel cd. *Trennungsprinzip*⁶⁴¹, tra negozi ad effetti meramente obbligatori (cd. *Verpflichtungsgeachaeften*) e negozi di disposizione (*Verfügungsgeschäfte*).

I primi, retaggio del *titulus adquirendi*, sono costituiti da un contratto causale (ad. es. vendita: *Kaufvertrag* ai sensi del § 433 BGB) generatore di una obbligazione di trasferire la proprietà; mentre i secondi sono atti negoziali, generalmente di esecuzione del contratto causale, da cui deriva l'immediato effetto dispositivo produttivo del trasferimento del diritto.

A seconda del tipo di bene trasferito l'atto di disposizione nel sistema tedesco rappresenta una fattispecie complessa costituita, accanto all'imprescindibile accordo (*Einigung*), per i mobili dalla consegna (*die Uebergabe* ex § 929 BGB) e per i beni immobili dall'investitura (cd. *Auflassung*) e della conseguente iscrizione nei libri fondiari (*Eintragung in das Grundbuch*) ai sensi del § 873 BGB.

Ciò sta a significare che, anche per operazioni economiche quotidiane e di esiguo valore in cui possa verificarsi una fattuale coincidenza nello scambio di dichiarazioni di volontà (*Willenserklärungen*) tra contraenti (ad esempio, acquisto di un giornale in edicola), il *Trennungsprinzip* impone comunque di distinguere in via interpretativa il contratto causale fonte di obbligazioni (*Verpflichtungsgeachaeften*) dall'atto di disposizione (cd. *Verpflichtungsgeachaeften*) dei singoli diritti, quando anche questi ultimi consistano in un diritto di credito (per esempio la cessione del credito: *Forderungsabtretung*) ovvero in una somma di denaro⁶⁴².

Su tale sfondo di rigorosa distinzione – almeno concettuale – i reciproci rapporti tra contratto obbligatorio e atto di disposizione nel contesto di una medesima operazione economica sono regolati dal principio di astrazione – cd. *Abstraktionsprinzip* – il quale ne informa la relazione in una duplice direzione. Da una parte sotto il profilo contenutistico, per cui l'effetto reale che consegue alla complessiva operazione economica è limitato al contenuto dell'atto di disposizione, senza possibilità di fare riferimento, a fini interpretativi, all'atto causale sottostante (*inhaltliche Abstraktheit*). Dall'altra, sotto il profilo della stessa efficacia in quanto la validità dell'effetto traslativo compiuto con l'atto di disposizione è resa indipendente dalla stessa esistenza e dalla validità del contratto obbligatorio causale (*außerrechtliche Abstraktheit*⁶⁴³).

In forza di tale configurazione di fondo del sistema contrattuale, è opinione dominante che l'ordinamento tedesco in materia di circolazione dei diritti abbia accolto la figura del contratto astratto ad effetti reali (cd. *abstrakter dinglicher Vertrag*⁶⁴⁴), il cui significato più intimo può essere colto nella *recisione del nesso di immediata e permanente dipendenza*

640 E' noto che nel diritto romano classico il contratto di compravendita (*emptio-venditio*) era un contratto meramente obbligatorio, fonte della sola obbligazione di trasferire la proprietà della cosa, la quale ultima si produceva invece solo al momento della consegna (*traditio*). Sul punto, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 583; BURDESE, *Vendita (diritto romano)*, in Nvss. Dig.; Archi, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934; STADLER, *Gestaltungsfreiheit*, cit., 47. Per la considerazione secondo cui il sistema tedesco "è indubbiamente, nell'ambito dei sistemi continentali, quello che ha maggiormente conservato le caratteristiche originarie romane", si veda GALLO, *I rimedi restitutori*, cit., 207, nonché 219

641

642 In questo senso GRIGOLEIT, *Abstraktion*, cit., 380; STADLER, *Gestaltungsfreiheit*, cit., 6. In riferimento alla circostanza che anche il pagamento del prezzo (*Zahlung des Kaufpreises*) è considerato un nuovo contratto ad effetti reali volto a trasferire la proprietà del denaro, si veda GALLO, *I rimedi restitutori*, cit., 220

643 GRIGOLEIT, *Abstraktion*, cit., 381; STADLER, *Gestaltungsfreiheit*, cit., 7; JAUERNIG, *Trennungsprinzip*, cit., 721. Nonostante la varietà degli accenti e di impostazioni, che variano da autore ad autore, per *Trennungsprinzip* si intende giustappunto la distinzione tra *Verpflichtungs-* e *Verfügungsgeschäfte*, mentre con l'*Abstraktionsprinzip* si intende evidenziare la giuridica autonomia tra le due tipologie di negozi, nel senso che l'invalidità o inefficacia del primo non si riverbera sugli effetti del secondo. Il *Verfügungsgeschäft* si caratterizzerebbe pertanto come un negozio astratto, nel senso di negozio con causa esterna; si veda sul punto la ricostruzione di SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 92 ss.

strutturale tra la causa giustificativa del trasferimento del diritto contenuta nel contratto obbligatorio e la produzione dell'effetto reale determinata dall'atto dispositivo⁶⁴⁵.

Ciò non significa che l'invalidità, l'inefficacia o comunque il venir meno del contratto obbligatorio sotteso ad un'operazione economica avente ad oggetto il trasferimento di un bene non si ripercuota, da un punto di vista sostanziale, sulla stabilità dell'attribuzione patrimoniale stessa. Quest'ultima tuttavia è resa strutturalmente indipendente dalla prima, di talché il beneficiario dell'atto di disposizione – nonostante l'invalidità del contratto causale – resta comunque proprietario di quanto acquistato; ma contro quest'ultimo può essere chiesto e ottenuto il ritrasferimento della proprietà del bene nei limiti e alle condizioni in cui lo consentano le norme dettate in materia di ingiustificato arricchimento (*Ungerechtfertigte Bereicherung*, §§ 812 ss. BGB⁶⁴⁶) che regolano le conseguenze della mancanza di fondamento giuridico (*rechtlicher Grund*) dell'attribuzione patrimoniale⁶⁴⁷. Con quest'ultima si fa valere una pretesa meramente personale (*schuldrechtlicher Anspruch*) sul bene, la quale – in perfetta corrispondenza con l'azione dell'acquirente non ancora divenuto proprietario fondata sul contratto obbligatorio (*Kaufvertrag*) – non avrà la virtù di rendere controversa la proprietà del bene.

Questo complesso e sofisticato (e forse anche barocco) meccanismo escogitato per disciplinare il trasferimento e la circolazione dei diritti, non solo reali, viene difeso e giustificato – ma anche fatto oggetto di critiche⁶⁴⁸ – in nome della tutela del traffico giuridico, il che suole declinarsi in una pluralità di direzioni⁶⁴⁹. In particolare – per quel che interessa in questa sede – nei confronti dei terzi subacquirenti i quali, senza necessità di ricorrere alle norme dettate in

644 Dal punto di vista del diritto positivo l'*Abstraktionsprinzip* trova il proprio fondamento nella circostanza che nelle disposizioni che prevedono nel BGB le singole fattispecie dispositive (§§ 873, 925, 929, 956, 1032, 1205 BGB, tra le altre) manca ogni riferimento alla causa (*Rechtsgrund*) – cioè a un negozio giuridico obbligatorio quale loro presupposto di validità – mentre è dato rilievo al solo accordo (*Einigung*); si veda al riguardo WEBER, *Sachenrecht*, cit., 72. GIORGIANNI, *La causa*, cit., 26 Savigny

645 STADLER, *Gestaltungsfreiheit*, cit., 18

646 Stabilisce il § 812, 1. Abs., BGB: “(1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zu Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfaellt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt”. All'interno di tale fattispecie apparentemente unitaria possono essere individuate ulteriori sotto- categorie: così, in primo luogo, può essere evidenziata la cd. *Eingriffskondition* (“in sonstiger Weise”, a cui si ricollega la previsione del successivo § 816 BGB) che si ha allorché un soggetto consuma, utilizza o dispone di un bene altrui senza titolo. Al contrario nell'ambito della generale *Leistungskondition*, accanto alla classica *condictio indebiti* relativa alla restituzione di una prestazione indebita altrui, può essere individuata una *condictio ob rem* (“wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt”) e una *condictio ob causam finitam* (“wenn der rechtliche Grund später wegfaellt”). Su tali categorie si veda DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Milano, 2003, 342 ss.

647 L'azione di ingiustificato arricchimento nel diritto tedesco assume una funzione per certi versi analoga a quella svolta dall'antica *condictio indebiti* nel diritto romano classico, dove era in vigore il principio dell'astrazione. Si veda in proposito TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 612: “l'azione di ripetizione presuppone, dunque, che la *datio* abbia prodotto il trasferimento della proprietà, e che tale trasferimento non appaia giustificato. [Nella forma della *condictio sine causa*, n.d.a.] essa spetta allorché si sia verificato uno spostamento senza *iusta causa*, in base al funzionamento di un negozio astratto”. Per la considerazione secondo cui il diritto tedesco è il più vicino tra gli ordinamenti moderni al modello romanistico delle “*conditiones*”, si veda MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese restitutorie*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2007, 435 ss., 441, nt. 20; nonché GALLO, *I rimedi restitutori*, cit., 207.

648 Si vedano sul punto le acute discussioni in materia condotte nella prima metà del secolo scorso e riferite da STADLER, *Gestaltungsfreiheit*, cit., 76 ss.

649 Sul punto si vedano tra i tanti LENT, *Sachenrecht*, Muenchen-Berlin, 1949, 28 ss.; WESTERMANN, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 3. Aufl., Karlsruhe, 1956, 402 ss.; GRIGOLEIT, *Abstraktion*, cit., 381 ss.; GIORGIANNI, *La causa*, cit., 22 Profondo estimatore del sistema tedesco del trasferimento dei diritti è stato in passato CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1915, I, 528

materia di acquisto *a non domino*, risulteranno tutelati dal venir meno del titolo di acquisto del proprio dante causa già *ex ante* dall'astrattezza dell'atto di acquisto in virtù del quale quest'ultimo è divenuto e resta proprietario nonostante la mancanza, anche originaria, di un valido titolo di acquisto⁶⁵⁰.

Tuttavia, l'*Abstraktionsprinzip* in Germania – seppur rappresenta un principio generale in materia di circolazione della ricchezza – non ha valenza assoluta, ma può incontrare deroghe che risultano particolarmente significative, come si vedrà, anche ai fini della disciplina della successione nel diritto controverso. Si tratta delle ipotesi in cui il meccanismo astratto nella circolazione dei diritti viene di fatto meno (cd. *Durchbrechung des Abstraktionsprinzip*)⁶⁵¹, in concomitanza con il verificarsi di determinate fattispecie individuate dalla dottrina e variamente accolte anche dalla giurisprudenza del BGH.

Ciò si verifica allorché contratto causale ed atto dispositivo risultino affetti da un medesimo vizio (cd. *Fehleridentität*)⁶⁵²; nell'ipotesi in cui contratto causale e atto di disposizione costituiscano una unità ai sensi del § 139 BGB (cd. *Geschaefteinheit*)⁶⁵³; nonché in caso di *Bedingungszusammenhang*, quando cioè l'atto di disposizione venga condizionato dalle parti alla validità del contratto causale ai sensi del § 158 BGB⁶⁵⁴. In tutte tali ipotesi, l'impugnativa – che, come noto, in Germania avviene in via stragiudiziale – diretta contro il solo contratto causale, ovvero anche contro l'atto di disposizione, caducando retroattivamente (§ 142 BGB) gli effetti di entrambi i contratti, determina l'automatico ritrasferimento della proprietà in capo all'alienante. Cosicché quest'ultimo, nel caso in cui l'acquirente si rifiuti di restituire la cosa, sarà tenuto ad esperire un'azione di rivendica (*Herausgabeanspruch*: § 985 BGB⁶⁵⁵) ovvero l'azione di rettifica del libro fondiario (*Berichtigungsklage*: § 894 BGB), le quali – secondo i principi generali – rendono controversa la proprietà della cosa alienata, arrivando a dar luogo all'applicazione dell'istituto della successione nel diritto controverso (§ 265 ZPO) in ipotesi di suo trasferimento nel corso del giudizio⁶⁵⁶.

650 Fallimento ed esecuzione

651 L'espressione è tratta da WEBER, *Sachenrecht*, cit., 72, ma si tratta di un fenomeno del tutto pacifico in dottrina e in giurisprudenza. Si vedano al riguardo MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1994, 93 ss.; WEBER, *Sachenrecht*, I, 4. Aufl., Baden-Baden, 2016, 72 ss.; HUETTE/HELBROUN, *Sachenrecht*, I, 2. Aufl., Bremen, 2005, 23 ss.; Brox/Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, 31. Aufl., Muenchen, 2007, 179; Koehler, *BGB Allgemeiner Teil*, Muenchen, 2010, 92; Looschelders, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., Muenchen 2012, 382; WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN, *Sachenrecht*, cit., 37 ss.

652 WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN, *Sachenrecht*, cit., 37 ss.; WEBER, *Sachenrecht*, cit., 72; GRIGOLEIT, *Abstraktion*, cit, 393 ss.; PRUETTING, *Sachenrecht*, cit., 14

653 WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN, *Sachenrecht*, cit., 39 ss.; WEBER, *Sachenrecht*, cit., 73; GRIGOLEIT, *Abstraktion*, cit, 413 ss.; PRUETTING, *Sachenrecht*, cit., 13

654 WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN, *Sachenrecht*, cit., 39; WEBER, *Sachenrecht*, cit., 73; GRIGOLEIT, *Abstraktion*, cit, 409 ss.; PRUETTING, *Sachenrecht*, cit., 14

655 Non è possibile in questa sede soffermarsi diffusamente sui caratteri dell'azione di rivendica nel diritto tedesco, deve tuttavia già liminarmente osservarsi come essa risulti radicalmente diversa da quella disciplinata dall'art. 948 c.c. Infatti, già dal punto di vista sostanziale la dizione contenuta nel § 985 ZPO ("*Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen*") pone l'accento in prima linea sulla pretesa (*Anspruch* di windscheidiana memoria) restitutoria derivante dalla violazione del diritto di proprietà, la quale ultima dunque – secondo la dottrina maggioritaria – non costituisce l'oggetto precipuo del relativo giudizio ma questione pregiudiziale non destinata a passare in cosa giudicata (cfr. per quest'ultima affermazione Hellwig, *Lehrbuch*, cit., 369; Id., *System*, I, cit., 39 s.; Henckel, *Parteilehre*, cit., 253 ss., 270 ss.; Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, cit., 200, 480 ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 590 ss.). A ciò si aggiunga – ad ulteriore motivo di discriminare che dovrebbe sconsigliare troppo facili trasposizioni nel diritto italiano – che l'azione di rivendica è assistita da un certo numero di presunzioni (§ 891 BGB per i beni immobili e § 1006 per i beni mobili) che ripartiscono e veicolano l'onere della prova, impedendo la configurazione nell'ordinamento tedesco di quella probatio diabolica che invece caratterizza la rivendica nell'ordinamento italiano.

Tali ipotesi risultano di particolare interesse ai fini della presente indagine: in primo luogo perché dimostrano come l'istituto della successione nel diritto controverso non sia del tutto avulso dalle dinamiche delle impugnative contrattuali in Germania, le quali – lo si ripete – avvengono colà in via stragiudiziale. Ma soprattutto perché rivelano il trattamento – anche processuale – che, secondo la prospettiva e la qualificazione data dal diritto tedesco, sarebbe riservato all'impugnativa di un contratto causale dotato di efficacia reale che si svolgesse in Germania, come quelli disciplinati dall'ordinamento italiano. Infatti, tali processi *renderebbero sempre controversa* la proprietà del bene trasferito perché l'impugnativa contrattuale travolge non solo il contratto causale giustificativo dell'attribuzione patrimoniale, ma anche lo stesso atto dispositivo che opera il trasferimento⁶⁵⁷

50. Principio consensualistico e causalità del trasferimento patrimoniale

Come noto, l'ordinamento italiano ha accolto – sulla scia del *Code Napoleon*⁶⁵⁸ e già con il codice del 1865⁶⁵⁹ – il principio consensualistico in virtù del quale il trasferimento e la costituzione dei diritti avviene “per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”⁶⁶⁰ (art. 1376 c.c.).

Al riguardo è stato opportunamente rilevato come la dottrina italiana più risalente non si sia dimostrata immediatamente recettiva dell'innovazione adottata dal legislatore italiano, continuando per diverso tempo a considerare il contratto come mera fonte di obbligazioni⁶⁶¹,

656 In tal senso da ultimo BROCK, *Die zivilrechtlichen Auswirkungen der “Ahlhorn”- Rechtsprechung – eine rechtliche Analyse aus Investorenperspektive*, in *ZfIR*, 2008, 445 ss. Sul punto, per la dottrina italiana, si veda anche MENGONI, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, 360 ss., in part. 381.

657 Tra i tanti si veda più di recente PRUETTING, *Sachenrecht*, cit., 15: “*Waere die Uebereignung nicht abstrakt, sondern wuerde die Nichtigkeit des Kausal geschaefts ohne weiteres die des dinglichen Geschaefts nach sich ziehen, so haette der Verkaeufser und Veraeusserer im Falle der Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen der daraus folgenden Nichtigkeit der Uebereignung stets den dinglichen Herausgabeanspruch nach § 985 und den Berichtigungsanspruch des § 894*” Si tratta di una opinione incontrovertibile e risalente nel tempo, la cui prima formulazione è dovuta al WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Unguelteigkeit der Rechtsgeschaefts*, Duesseldorf, 1847, 302, il quale, proprio studiando il sistema delle invalidità contrattuali del *Code Napoleon* – che appunto per la prima volta nella storia del diritto proclamava che il trasferimento della proprietà si perfeziona sin dal momento della conclusione del contratto –, giungeva alla conclusione: “*Also geht durch den dinglichen Vertrag, wenn er sans cause ist, Eigenthum gar nicht ueber; die uebertragene Sache ist zu vindiciren, nicht zu condiciren*”

658 In realtà, la rottura con la tradizione di diritto comune – come si è visto fedelmente recepita nell'ordinamento tedesco – secondo la quale per produrre l'effetto traslativo sarebbero stati necessari *titulus e modus acquirendi*, sarebbe tuttavia stata operata dal *Code Napoleon* solo in via indiretta. La concezione del contratto recepita dal codice francese era – ed è – quella del contratto obbligatorio (art. 1101 c.c.fr.): il contratto di compravendita continuava ad essere solamente fonte dell'obbligazione di effettuare il trasferimento della proprietà del bene (art. 1582 c.c.fr.), soltanto che l'effetto traslativo sarebbe stato direttamente ricollegato all'insorgere di una *obligation de donner* (art. 1136 c.c.fr.) o di *livrer la chose* (art. 1138 c.c.fr.). Su tali aspetti si vedano: GIORGIANNI, *La causa*, cit., 9 s.; GALLO, *I rimedi restitutori*, cit., 223 ss.; OSTI, *Contratto*, in *Nvss. Dig.*, IV, Torino, 1959, 462 ss., in part. 488

659 Già il codice civile italiano del 1865 contiene un passo avanti rispetto al *Code Napoleon*: l'effetto traslativo del contratto non è più mediato da una obbligazione di dare, ma risulta legato direttamente “al consenso legittimamente manifestato” (art. 1125 c.c. 1865)

660 La bibliografia sul principio consensualistico è sterminata; senza pretesa di completezza possono qui ricordarsi: VECCHI, *Il principio consensualistico*, 1999; BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, I, 535 ss.; STOLFI, *Appunti sul cd. principio consensualistico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1977, I, 1 ss.; DELLE MONACHE, *Fedeltà al principio consensualistico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I, 286 ss.; SIRENA, *Sulla derogabilità del principio consensualistico*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, 1071 ss.; MUCCIOLI, *Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza*, 2004, 12 ss.; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995.

661 In tal senso, per tutti, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1891, III.3, 7 ss.; IV.3, 236

mentre l'effetto traslativo sarebbe stato pensato come diretta conseguenza o di un autonomo e distinto atto di disposizione⁶⁶², ovvero dello stesso atto solutorio, ritenuto in sé idoneo ad operare il trasferimento anche nel caso del venir meno del rapporto giustificativo sottostante⁶⁶³.

Secondo invece l'impostazione oggi dominante – se non indiscussa – in dottrina, il risultato del principio consensualistico è ravvisato “nella intima compenetrazione dell'atto traslativo e del contratto consensuale, i quali per l'innanzi erano formalmente, e soprattutto concettualmente, distinti con chiarezza”⁶⁶⁴.

Ciò significa che nell'ordinamento italiano il contratto traslativo ai sensi dell'art. 1376 c.c. è destinato a assumere un duplice profilo di rilevanza, che non può non avere diretta incidenza anche da un punto di vista processuale. Esso, da una parte, si impone quale causa giustificativa del trasferimento patrimoniale nonché quale regolamento del concreto assetto di interessi voluto dai contraenti ai sensi dell'art. 1372 c.c. (*titulus adquirendi*). Dall'altra parte esso rappresenta – normalmente – il medesimo atto attraverso il quale tale trasferimento viene concretamente operato, destinato in quanto tale ad acquistare rilevanza esterna ed entrando nel meccanismo di circolazione della ricchezza predisposto dall'ordinamento italiano ai sensi degli artt. 922 e 1376 c.c. (*modus adquirendi*)⁶⁶⁵.

Il ché, del resto, risulta confermato e non contraddetto dalla variegata casistica di fattispecie ove si ammette una latente scissione tra il titolo del trasferimento e il modo dell'acquisto (ad esempio, nella più semplice ipotesi, nel contratto definitivo di compravendita preceduto da un preliminare, eventualmente ad effetti anticipati⁶⁶⁶), in cui sembra possibile ravvisare l'operatività di un tenue principio di separazione, consimile al *Trennungsprinzip* vigente in Germania⁶⁶⁷.

Quel che, invece, l'ordinamento italiano non sembra avere accolto, in virtù del combinato disposto degli artt. 922, 1325 n. 2 e 1376 c.c., è il principio dell'astrattezza del trasferimento patrimoniale, almeno nei termini con cui l'*Abstraktionsprinzip* viene comunemente inteso in Germania. Di qui la considerazione secondo cui il codice civile disconosce del tutto la figura del contratto astratto ad effetti reali⁶⁶⁸, sottolineandosi invece la necessità che ogni attribuzione patrimoniale trovi la propria giustificazione causale nello stesso atto negoziale che la determina, seppure con un rigore variamente inteso in dottrina⁶⁶⁹.

662 La tesi ha ricevuto la più matura espressione nell'opera di GORLA, *L'atto di disposizione di diritti*, Perugia, 1936,

663 SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1917, 1 ss.

664 Così GIORGIANNI, *La causa*, cit., 12. Ancora di “compenetrazione tra *titulus* e *modus adquirendi* realizzata dall'art. 1376 c.c.” ha fatto parola di recente FARINA, *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 508 ss., in part. 525. In senso sostanzialmente analogo NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 823 ss., che parla di “assorbimento, in virtù del principio consensualistico, dell'atto traslativo nel *titulus*”. Nello stesso senso Rubino, 242.

665 Analoghi rilievi in FARINA, *Contrattazione preliminare*, cit., nonché in VETTORI, *Consenso traslativo*, cit., 7 ss.

666 Per la considerazione del contratto definitivo di compravendita come una ipotesi di pagamento traslativo effettuato solvendi causa in rapporto al contratto preliminare, si veda tra tutti GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 15^a ed., Napoli, 2011, 827

667 In senso analogo NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate*, cit., 830 Le fattispecie prese in esame dalla dottrina civilistica sono le più varie e vengono tradizionalmente raggruppate nella comune nozione delle cd. “prestazioni isolate”

668 L'acquisizione è talmente pacifica da rendere superflui riferimenti dottrinali. Ad ogni buon conto, si vedano tra tutti MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 435 ss., in part. 468 s.

669 Secondo una parte della dottrina, infatti, per la validità dell'atto di disposizione basterebbe in esso la menzione (cd. *expressio causae*) di un elemento soggettivo identificato con lo scopo (*Zweck*) perseguito dalle parti: in

Ciò che sembra doversi tradurre – se rapportato a quanto visto in relazione al sistema contrattuale tedesco – in un rapporto di immediata ed immanente dipendenza dell’atto di disposizione che opera il trasferimento con l’esistenza e validità della fonte contrattuale contenente la causa giustificativa della operazione economica complessivamente considerata.

Soltanto per chi non voglia vederle⁶⁷⁰, dunque, l’introduzione del principio consensualistico non avrebbe portato conseguenze di rilievo nella sistematica del codice del 1942 e prima ancora di quello del 1865. Assunto che risulta puntualmente contraddetto – non solo dalla stragrande maggioranza dei civilisti italiani, ma anche – dal trattamento sostanziale (e, come si vedrà, processuale) che l’ordinamento tedesco, rimasto estraneo all’innovazione introdotta dal *Code Napoleon*, ancora oggi riserverebbe al contratto causale ad effetti reali italiano: l’efficacia traslativa di quest’ultimo – e dunque la proprietà sul bene trasferito all’avente causa – risulterebbe immancabilmente travolta dall’accertamento (eventualmente costitutivo) della sua invalidità o inefficacia, originaria o sopravvenuta.

51. Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione nell’ordinamento italiano

Quanto detto in relazione all’incidenza del principio consensualistico trovava riscontro, in prospettiva storica, proprio nei rimedi restitutori per il recupero del bene trasferito da esperirsi in cumulo con l’azione di impugnativa contrattuale, che la larga parte degli interpreti italiani sotto il vigore del codice del ‘65 – attenendosi ai nuovi principi codificati in materia di trasferimento della proprietà – individuavano nell’azione di rivendica⁶⁷¹. Il ché avrebbe

tal senso Giorgianni, *La causa*, cit., 52, 54 ss.; Benatti, *Il pagamento con cose altrui*, in Studi Urbinati, Milano, 1975, 16; Gazzoni, *L’attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 220 ss.; Id., *Manuale*, cit., 828; Moscati, *Indebito (pagamento dell’)*, in Enc. Dir., XXI, 93 ss.; Portale, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in Riv. Soc., 1970, 993 ss.

670 In tal senso PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 114, secondo cui “l’adozione, da parte del nostro ordinamento, del principio consensuale comporta unicamente l’idoneità del contratto a modificare il soggetto attivo dei rapporti reali, non anche la sua idoneità a costituire rapporti di tale specie”. Invero, anche in ordinamenti che non accolgono il principio consensuale, come quello tedesco, l’atto di disposizione – che è pur sempre un negozio giuridico – non è mai di per sé solo idoneo “a costituire rapporti reali”. Lo dimostra il fatto che la proprietà dei beni immobili in Germania si acquisisca non con la sola *Auflassung*, ma con la sua iscrizione (*Eintragung*) nel libro fondiario ai sensi del § 873 BGB. Ed anche tale formalità non è di per sé idonea ad assicurare sempre e comunque l’acquisto della proprietà. Lo dimostra la disposizione del § 892 BGB che tutela l’acquirente che abbia acquistato in buona fede un diritto reale immobiliare confidando nella conformità delle risultanze dei pubblici registri immobiliari alla reale situazione di diritto. Ciò significa che – per esprimersi con le parole di Proto Pisani – ancorché si sia avverata la fattispecie che in quell’ordinamento è ritenuta idonea “a modificare il soggetto attivo dei rapporti reali”, ciononostante, se non si verificano le condizioni previste dal § 892 BGB, nessun “rapporto reale” si è venuto realmente a costituire. Lo stesso accade per i beni mobili: l’accordo e la contestuale *traditio* della cosa (§ 929 BGB) non valgono di per sé a rendere l’acquirente proprietario, tant’è che il legislatore tedesco ha previsto al § 932 BGB una fattispecie di acquisto *a non domino* nel caso in cui l’alienante non sia l’effettivo proprietario ma l’acquirente riceva in buona fede il possesso del bene. Acquisto, di nuovo, che viene escluso nelle ipotesi in cui il bene sia stato smarrito o sia di provenienza furtiva (§ 935 BGB). Quella colta dal Proto Pisani non è dunque una caratteristica intrinseca del principio consensuale adottato dal nostro ordinamento, ma di ogni ordinamento che si trovi nella necessità di dover giustificare l’acquisto di un diritto opponibile nei confronti della generalità dei consociati per effetto di una fattispecie (il contratto traslativo, l’*Auflassung*, la *traditio*, l’iscrizione nel libro fondiario o nei registri immobiliari, etc.) intercorsa *inter pauciores*.

671 In tal senso – per primo – NAMIAS, *Contributo alla teoria della ripetizione dell’indebito*, in Arch. Giur. Serafini, 1890, 84, che giunge alle medesime conclusioni del WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Duesseldorf, 1847, 302. A breve seguirono FERRARA, *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro riconoscimento*, in Riv. Dir. Comm., 1904, I, 281 ss., 286 (ove si parla di “rivendicazione dell’indebito”); ID., *Teoria del negozio illecito*, 2ª ed., Milano, 1914, 273; NATTINI, *Appunti sulla natura dell’atto necessitato*, in Riv. Dir. Com., 1911, I, 702; ALLARA, *Sul pagamento ‘ob turpem causam’*, in Annali Camerino, 1929, 148 ss., 164; DE LUCA, *I quasi contratti*, Catania, 1929, 121; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1932, III, 468; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 39. Sotto il vigore del presente codice

significato coinvolgere ed esporre eventuali terzi – che si fossero resi subacquirenti del bene trasferito anche prima della caducazione del contratto – agli effetti del venir meno del titolo del proprio dante causa⁶⁷²

Non sorprende dunque che negli ultimi anni di vigenza del codice del 1865 alcuni autori si sforzassero di limitare interpretativamente – almeno in riferimento all’azione di risoluzione per inadempimento – l’incidenza del sopraggiunto venir meno del titolo del dante causa mediato, negando ad essa efficacia retroattiva in pregiudizio dei terzi subacquirenti⁶⁷³. Posizioni che, da ultimo, dovevano convincere il legislatore del 1942 ad apporre, con gli artt. 1415, 1° comma, 1445, 1452, 1458, 2° comma, 2901, 4° comma, c.c., una stringente deroga al principio *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*.

Di fatto, in riferimento alla tutela apprestata ai terzi, con tali norme si sarebbe inteso assolvere alla medesima funzione dispiegata nell’ordinamento tedesco dall’*Abstraktionsprinzip*, seppure con un meccanismo del tutto diverso. Invece cioè di sancire una volta per tutte l’astrattezza dell’atto di disposizione quale veicolo per la circolazione della ricchezza, si sarebbe riconnessa la tutela dei terzi sub-acquirenti all’inverarsi delle fattispecie previste da tali disposizioni: cioè l’acquisto da parte loro, più o meno qualificato dalla buona fede e dall’onerosità. Ciò che sarebbe dovuto avvenire con due vistose deroghe, l’una emergente *ex sistema*, l’altra ricavata da quelle stesse norme: l’art. 111 c.p.c. da una parte e la salvezza degli “effetti della trascrizione” delle domande giudiziali dall’altra, entrambe le quali pongono agli interpreti la questione del loro possibile coordinamento.

Parallelamente, con l’avvento dei nuovi codici e con l’allusione operata dagli artt. 1422 e 1463 c.c., è sembrato che il legislatore avesse inteso conferire alle pretese restitutorie derivanti da caducazione o nullità del contratto, ancorché traslativo o costitutivo di diritti reali, la veste dell’azione di ripetizione dell’indebitto ai sensi degli artt. 2033 c.c. ss. Così, in progresso di tempo, nelle mani della giurisprudenza italiana, tale istituto – complice quella che è stata definita “la forza espansiva dell’art. 2033 c.c.”⁶⁷⁴ – è venuto assumendo una connotazione generalizzante e “neutra”⁶⁷⁵, indifferente alla natura del bene che avesse costituito l’oggetto del pagamento indebitto nonché alla vicenda storico-giuridica che avesse ingenerato l’obbligo

la tesi è stata ripresa da Argirotti, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980. Su un piano del tutto opposto rispetto a tali autori si ponevano invece coloro che attribuivano all’effetto traslativo carattere astratto, quest’ultimo alternativemente ricondotto all’atto solutorio (così SCUTO, *Natura giuridica, cit.*, 1 ss.; sulla difficile conciliabilità di tale posizione con la sistematica del codice del 1865) ovvero ad un atto dispositivo del diritto indipendente ed autonomo dal contratto (Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 175; Gorla, *L’atto di disposizione, cit.*).

672 Tale evoluzione storica è ricordata da GIORGIANNI, *La causa, cit.*, 18: “Il principio della nullità del contratto per anzanza o falsità della causa, accolto dal codice francese, non avrebbe, pertanto, apportato alcuna conseguenza di rilievo, ove esso fosse stato, come per l’innanzi, applicato al contratto puramente obbligatorio. Una volta esteso al contratto traslativo, esso veniva a significare che il tradens non perdeva la proprietà ove il contratto fosse mancante di causa: in tal modo veniva introdotta una profonda alterazione al sistema preesistente, nel quale il tradens aveva a disposizione, non già la rivendica, esperibile anche verso i terzi, ma esclusivamente una azione personale, esperibile verso l’accipiens, e diretta alla restituzione della cosa”. Cfr. sul punto la precisazione di NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate, cit.*, 825: “mentre in una situazione di separazione tra titulus e modus [...] il meccanismo dell’astrazione serve a rendere l’atto solvendi causa idoneo a produrre l’effetto traslativo in maniera indifferente rispetto alle vicende del titulus, viceversa, in una situazione di assorbimento dell’atto traslativo nel contratto [...] qualsivoglia ipotesi di nullità del contratto, non certo la sola nullità per difetto di causa, cagiona l’inefficacia dell’atto e, dunque, impedisce il trasferimento”.

673 Questo era il risultato cui pervenivano – partendo da posizioni ben diverse – BIGIARI, *La rivendicazione del venditore*, Padova, 1935, 65 ss.; AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 249 ss.; GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, VII, t. 1, Torino, 1937, 18 s., 46

674 L’espressione è presa a prestito da MOSCATI, *Caducazione degli effetti, cit.*, 441. Il progressivo ampliamento che ha conosciuto la normativa in materia di indebitto nell’applicazione giurisprudenziale è attestato dalla maggioranza dei civilisti: tra tutti si veda BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell’indebitto*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 173 ss.

restitutorio, equiparando la mancanza sopravvenuta a quella originaria della *causa solvendi*⁶⁷⁶ e, soprattutto, obliterando il fatto che essa si collocasse a valle della dissoluzione degli effetti di un contratto traslativo⁶⁷⁷.

Da tutto ciò si è tratto argomento per sostenere l'assoluta estraneità dell'art. 111 c.p.c. da tali fattispecie, dal momento che nelle azioni di restituzione – delle quali si assumeva la stringente complementarità con le domande di nullità, annullamento, risoluzione, etc.⁶⁷⁸ – ad essere controversa non sarebbe la proprietà del bene trasferito con il contratto caducato, ma *il solo obbligo di restituzione sorto dal carattere indebito della consegna*⁶⁷⁹. E una conferma di tale assunto si sarebbe rinvenuta negli artt. 2037 e 2038 c.c. nei quali sarebbero state sancite le condizioni e gli stringenti limiti che consentirebbero al *solvens* di ottenere dal terzo acquirente in corso di causa la restituzione della cosa.

Senonché, al di là delle formule impiegate, è facile constatare come tale ricostruzione faccia in realtà perno sempre sulla stessa e identica premessa di fondo secondo cui il diritto “controverso” sia solo quello destinato ad essere oggetto dell'accertamento giudiziale, e che dunque solo un'azione reale come la rivendica sia in grado di rendere controversa la proprietà. Mentre, al contrario, il tentativo di accreditare la medesima tesi con un argomento di diritto sostanziale non sembra potersi dire pienamente riuscito.

Ed infatti, da un punto di vista sostanziale, non può negarsi che la proprietà – benché non costituisca l'oggetto precipuo del giudizio – sia comunque *resa controversa* dall'impugnativa di un contratto ad effetti reali (o dall'azione di nullità del medesimo) il cui vittorioso esperimento non implica solo il carattere indebito della prestazione⁶⁸⁰, ma comporta sempre e comunque il venir meno dell'effetto traslativo dispiegato dal contratto⁶⁸¹. Ciò che del

675 Di neutralità quale caratteristica di fondo dell'azione di indebito parla la maggioranza della dottrina italiana: si veda al riguardo Breccia, *Indebito* (ripetizione dell'), in Enc. Giur. Treccani, XVI, Roma, 1989, 8; MOSCATI, *Caducazione degli effetti*, cit., 438; DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europ., dir. Priv.*, 2001, 531 ss., 539

676 Sul punto MOSCATI, *Caducazione degli effetti*, cit., 435 ss., che segnala come in tale categoria siano fatti rientrare dalla giurisprudenza svariate ipotesi, quali il “mancato avveramento della condicio juris, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma fonte dell'obbligo, la riforma della sentenza di condanna.

677 Una rassegna completa della giurisprudenza in materia di restituzione dell'indebito – e della sua *vis expansiva* – si rinviene in FALQUI-MASSIDDA-IACCHIA, *Promesse unilaterali. Gestione d'affari. Ripetizione dell'indebito. Soluti retentio. Arricchimento senza causa*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da Bigiavi, Torino, 1968, 511. In progresso di tempo si vedano Cass., 9 luglio 1980, n. 437, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 2624; Cass., 17 giugno 1982, 3674, in *Mass. Giust. Civ.*, 1338; Cass., 2 aprile 1982, n. 2029, in *Mass. Giust. Civ.*, 1982, 733.

678 PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 135

679 PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 133, 136

680 A tale conclusione l'opinione riferita (PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 133) sembra giunge disconoscendo ogni funzionalità alle azioni di impugnativa contrattuale e di accertamento della relativa nullità. Quest'ultima, infatti, sembra costruita come un'azione volta al mero accertamento del carattere indebito del trasferimento, piuttosto che tesa ad accertare il mancato verificarsi dell'effetto traslativo. Quanto alle prime l'opinione riferita è costretta ad escludere che l'obbligo di restituzione trovi il suo fondamento proprio nella sentenza costitutiva per escludere che l'obbligo di restituzione sia in qualunque modo collegato al diritto di proprietà restaurato in capo all'attore in conseguenza della caducazione degli effetti reali di un contratto (o dell'accertamento del mancato prodursi degli stessi per nullità contrattuale). Il tutto per escludere che la proprietà possa essere, anche solo da un punto di vista sostanziale, quanto meno implicata nelle controversie di impugnativa contrattuale e nelle conseguenti restituzioni.

681 Mengoni, 306; ma in senso conforme tutta la dottrina civilistica: cfr. MOSCATI, *Caducazione degli effetti*, cit., 469: “la caducazione degli effetti del contratto, comportando la retroattività dell'eliminazione dell'acquisto dell'accipiens indebiti, lascia il contraente-solvens proprietario della prestazione; DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 349: “l'opponibilità della dichiarata invalidità anche ai terzi aventi causa [nei limiti degli artt. 1415, 1445, etc., n.d.a] è il naturale riflesso del principio che i trasferimenti si appoggiano a titoli e non possono sopravvivere ove i titoli vengano meno”; Motto, 526

resto è confermato dalla dottrina maggioritaria che riconosce la possibilità di un concorso alterativo tra ripetizione dell'indebito e rivendicazione in cumulo con l'azione di impugnativa contrattuale⁶⁸²; invero, se per effetto di quest'ultima non venisse meno l'effetto traslativo, l'acquirente rimarrebbe proprietario e il bene trasferito non potrebbe essere rivendicato dall'alienante.

Quanto alla disciplina dell'indebito – ed in particolare alle disposizioni degli artt. 2037 e 2038 c.c. – invocata per escludere l'applicazione dell'art. 111 c.p.c., non può farsi a meno di rilevare come uno dei temi più discussi e dibattuti dalla dottrina civilista dall'emanazione dei codici del '40 ad oggi concerne esattamente la difficile (e, per alcuni interpreti, dubbia) compatibilità del regime della restituzione dell'indebito con quello relativo alle azioni di impugnativa di contratti ad effetti reali⁶⁸³.

Ed invero tale stringente assioma è stato a ben vedere revocato in dubbio non solo per le ragioni di carattere storico che si è cercato brevemente di riassumere⁶⁸⁴, ma anche per il rilievo di evidenti antinomie esistenti nelle due discipline. Basti in questa sede richiamare a mero titolo esemplificativo: la diversa considerazione dello stato soggettivo (di buona o mala fede) dell'*accipiens* rispetto al convenuto nei giudizi di impugnativa⁶⁸⁵; la regolamentazione del rischio per il perimento della res indebita⁶⁸⁶; il diverso regime di opponibilità ai terzi aventi causa dall'*accipiens* indebita⁶⁸⁷; il raffronto tra i rispettivi termini di prescrizione dell'azione di ripetizione e di quella di nullità⁶⁸⁸; nonché la tutela accordata all'*accipiens* incapace e i limiti posti all'azione di ripetizione nei suoi confronti⁶⁸⁹.

Si tratta in realtà di isolati indici che denotano tuttavia una ben più profonda e radicale contraddizione derivante dal difetto di coordinamento – all'esito del processo di sviluppo storico cui si è accennato – nei principi che regolano le restituzioni derivanti dalla caducazione di un contratto traslativo nell'ordinamento italiano⁶⁹⁰.

Tutto ciò è stato puntualmente rilevato dalla dottrina civilista, spaziando le opinioni in proposito da chi ritiene che la disciplina dell'indebito necessiti – quantomeno – di un

682 Proto Pisani, In tema di rivendica, in *Foro it.*, 1975, I, 2563 ss.; MOSCATI, *Caducazione degli effetti*, cit., 482

683 Ancora di recente ha confessato MOSCATI, *Caducazione degli effetti*, cit., 437, come “la correlazione tra caducazione degli effetti del contratto e obbligo di restituzione della prestazione appare scontata, addirittura banale nella sua ovvietà, eppure costituisce anche nel nostro ordinamento uno dei punti più tormentati della materia dell'indebito e della teoria del contratto”. DI MAJO, *Il regime delle restituzioni*, cit., 546, secondo cui l'estensione della disciplina dell'indebito alle restituzioni contrattuali è “fonte di numerose contraddizioni e nodi irrisolti”

684

685 BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1965, 11 ss., 31; BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, cit., 216; DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 349, il quale osserva come “una limitazione, derivante dalla condizione soggettiva (di buona o mala fede) del contraente, mal si giustificerebbe con la dichiarata invalidità del contratto e con l'esigenza di reintegrare le parti, senza alcuna differenza, nello stato quo ante.

686 DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 349 “Con tale regime [relativo alla disciplina dell'indebito, n.d.a.] neanche si concilia il principio secondo cui res perit domino giacché dovrebbe essere il solvens a correre il rischio del perimento della cosa, mentre nell'indebito è l'*accipiens* in mala fede a sopportare il rischio (art. 2037, 2° comma)

687 Sul punto, basti confrontare il tenore dell'art. 1445 c.c. e quello dell'art. 2037-2038 c.c.; v. BARCELLONA, *Note critiche*, cit., 34: “Se il trasferimento intervenuto tra solvens ed *accipiens* fosse colpito da nullità, il solvens dovrebbe poter far valere tale nullità nei confronti di chiunque avesse stipulato con l'*accipiens*”.

688 BARCELLONA, *Note critiche*, cit., 37

689 BARCELLONA, *Note critiche*, cit., 40

690 MOSCATI, *Caducazione degli effetti*, cit., 467 s.; Id., Sulla natura dell'azione di ripetizione, in *Riv. Dir. Com.m.*, 1981, II, 213 ss., in part. 218 ss.; Albanese, L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale, 1370; Di Majo, La tutela civile dei diritti, 348 ss

adattamento interpretativo alle restituzioni da caducazione contrattuale⁶⁹¹, ad altri interpreti che escludono in radice qualsiasi compatibilità di quest'ultima con gli artt. 2037-2038 c.c. Tra i due poli dell'alternativa si collocano ricostruzioni intermedie, come quella secondo cui la fattispecie dell'indebito oggettivo non avrebbe un contenuto univoco, potendosi al suo interno distinguere una "condictio indebiti proprietaria" – nelle ipotesi in cui l'accipiens ancora risulti proprietario di quanto ricevuto indebitamente – da una "condictio indebiti possessoria", nella quale rientrerebbero le ipotesi di restituzione da caducazione di contratti traslativi⁶⁹².

Non può certo in questa sede riferirsi nella sua completezza lo stato del vivace dibattito che si agita nella dottrina civilista.

Tuttavia, già da queste pur liminari considerazioni e da quanto si è detto in riferimento alla impugnativa contrattuale nel diritto tedesco, non può sfuggire come profondamente diversa si dimostri la collocazione sistematica dell'azione di restituzione dell'indebito nell'ordinamento italiano da una parte e, dall'altra, la *Ungerechtfertigte Bereicherung* del diritto tedesco. Con quest'ultima, infatti, si fa valere in giudizio una pretesa conseguente al venir meno delle causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale e volta ad ottenere il ritrasferimento della proprietà che – nonostante il venir meno del contratto causale – è rimasta saldamente in capo all'accipiens, schermata dall'astrattezza del negozio di disposizione (*abstrakter dinglicher Vertrag*).

Al contrario l'azione di ripetizione dell'indebito – laddove si ponga a valle dell'impugnativa di un contratto ad effetti reali, ovvero dell'accertamento della nullità del medesimo – presuppone che l'accipiens non sia più – o non sia mai stato – proprietario in quanto ad esser venuta meno non è solo la giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale, ma lo stesso atto che la dispone⁶⁹³. Ciò a meno di non voler ritenere che quest'ultimo, una volta assolta la sua funzione traslativa, svanisca dall'ordinamento finanche come mero fatto storico, introducendosi di fatto nell'ordinamento italiano un sistema di trasferimenti astratti.

Ne deriva la netta distinzione tra i diversi rimedi restitutori nei due ordinamenti anche sotto il profilo della possibilità di dare applicazione all'istituto della successione nel diritto controverso. Se ciò è escluso in linea di principio per la *Ungerechtfertigte Bereicherung*, a conclusioni opposte dovrebbe pervenirsi per quel che riguarda l'indebito oggettivo italiano.

52. Strumenti di tutela a confronto: l'impugnativa tra poteri formativi sostanziali e azioni costitutive; la politica legislativa liberale tedesca del XIX secolo

E' stato opportunamente scritto come l'indagine storica relativa all'impugnativa dei contratti in Germania⁶⁹⁴ – in una prospettiva che si è dimostrata feconda anche per

691 Argiroffi, La ripetizione d'indebito. Note critiche, in *Econ. E cered.*, 1974, 567 ss.; Id. Sul concorso delle azioni di rivendicazione e ripetizione, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, 697 ss.; Id. Ripetizione di cosa determinata; . Cfr. anche DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Milano, 2003, 349: "ove si tratti di un contratto nullo e/o annullato o rescisso, la tutela restitutoria costituisce un effetto naturale e riflesso della dichiarata nullità o dell'annullamento, e/o risoluzione pronunciati, onde nessun limite, se non quello rappresentato dalla opponibilità della pronuncia [...] anche ai terzi acquirenti, può incontrare la restituzione delle azioni eseguite [...] L'opponibilità della dichiarata invalidità anche ai terzi aventi causa [nei limiti degli artt. 1415, 1445, etc., n.d.a] è il naturale riflesso del principio che i trasferimenti si appoggiano a titoli e non possono sopravvivere ove i titoli vengano meno".

692 BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, cit., 216

693 Per l'osservazione secondo cui in conseguenza del vittorioso esperimento di quelle azioni contrattuali "l'attore ritorna titolare in forza del suo antico titolo, per riflesso della revoca del rapporto traslativo", si veda MENGONI, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 300 ss., 306; ma in senso conforme tutta la dottrina civilistica: cfr. MOSCATI, *Caducazione degli effetti*, cit., 469: "la caducazione degli effetti del contratto, comportando la retroattività dell'eliminazione dell'acquisto dell'accipiens indebiti, lascia il contraente-solvens proprietario della prestazione. Motto, 526

l'ordinamento italiano⁶⁹⁵ – può seguire linee di sviluppo alternative rispetto a quella che si indirizza al tema della categoria dogmatica dell'inefficacia dei negozi giuridici. Una di esse passa per l'accostamento dell'istituto dell'annullamento (*Anfechtung*) ad altri ad esso consimili come il recesso o la risoluzione (*Ruecktrittsrecht*), la revoca e la compensazione, onde individuarne le comuni radici storiche, ponendosi così sulla strada che conduce all'origine dei poteri formativi sostanziali (*Gestaltungsrechte*).

E' proprio quest'ultima direzione di ricerca ad attirare, in questa sede, l'attenzione per la prospettiva che dischiude di operare un raffronto tra i diversi strumenti di tutela giurisdizionale predisposti dall'ordinamento tedesco e da quello italiano⁶⁹⁶. Prospettiva che – come ampiamente noto – pone capo all'alternativa di politica legislativa tra il conferimento al privato di un potere formativo sostanziale di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui – cd. *Gestaltungsrechte* – e l'individuazione del processo quale mezzo necessario per produrre il mutamento giuridico desiderato: cd. *Gestaltungsklagerecht*, ovvero azione costitutiva⁶⁹⁷.

E' bene tuttavia precisare sin d'ora come l'interesse che muove verso un simile approfondimento non si ponga tanto sul piano delle categorie dogmatiche, quanto piuttosto su quella dell'evoluzione storica.

Già nel 1804 il *Code Napoleon* aveva inaugurato, in materia di impugnativa contrattuale, il proprio modello di riferimento attraverso la predisposizione di strumenti di tutela volti alla caducazione degli effetti del contratto da esperire necessariamente in via giudiziale⁶⁹⁸ in caso di inadempimento della controparte (azione di risoluzione ai sensi dell'art. 1184 *code civil fr.*⁶⁹⁹) ovvero di invalidità (*action en nullité ou en rescision* previste dagli artt. 1117 e 1304

694 . Per un simile approccio nella dottrina tedesca HARDER, *Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen*, in *Archiv fuer die civilistische Praxis*, 1973, 209 ss.

695 Così in Italia PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 162 ss., nonché 173 ss.

696 La prospettiva di ricerca potrebbe tuttavia essere estesa CISG

697 Su tale alternativa si vedano anche Andrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 272, nonché PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 173 s., per la considerazione secondo cui la differenza tra le due tecniche di tutela “sta nel diverso momento temporale in cui interviene il controllo da parte del giudice e non nel risultato finale che si ottiene in un caso e nell'altro, perché in entrambi i casi la modificazione giuridica che si raggiunge è la stessa”; Ferri, *Profilo dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 17 ss.; Schlosser, *Gestaltungsklage und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966, 28 ss.; Helmreich, *Das Selbsthilfeverbot des franzoesischen Recht und sein Einfluss auf Gestaltungs und Gestaltungsklagerecht*, Berlin, 1967, 37 ss.

698 In riferimento alla risoluzione del contratto scriveva già POTHIER, *Traité des obligations*, I, Bruxelles, 1835, 169: “*Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous: néanmoins cette inexécution peut souvent operer le resiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation. Mais il faut que je fasse prononcer le resiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner a cet effet*”. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'article 1184 C.Civ.)*, Paris, 1924, 400 s., intravede l'origine di tale disciplina nel rifiuto, da parte della giurisprudenza e della dottrina del XVI e del XVII secolo, dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Si è tuttavia di recente rilevato come il coinvolgimento del giudice dovesse dipendere piuttosto dal meccanismo sotteso alla *condicio tacita*, su cui la dottrina di diritto naturale avrebbe fondato HATTENAUER, *Einseitige private*, 108

699 Recitava l'originario art. 1184 *code civil*: “*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*”. Sul punto si veda in particolare BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 C. Civ)*, Paris, 1924; nonché per riferimenti comparatistici con la parallela evoluzione del *Ruecktrittsrecht* tedesco, LESER, *Der Ruecktritt vom Vertrag*, Tuebingen, 1975, 8 ss. In breve, la risoluzione del contratto per inadempimento era originariamente concepita come esercizio – che sarebbe dovuto avvenire per via giudiziale ed avrebbe avuto efficacia retroattiva (v. sul punto CARBONNIER, *Droit civil*, IV, *Les obligations*, 22^a ed., Paris, 2000, 342; DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*,

code civil⁷⁰⁰). Com'è noto, è a tale modello che il legislatore italiano avrebbe guardato nel disciplinare le azioni di annullamento e di rescissione regolate dagli artt. 1300 ss. c.c. del 1865⁷⁰¹, che avrebbero infine costituito la base per l'attuale disciplina delle azioni di nullità (artt. 1418 ss. c.c.), simulazione (art. 1414 c.c.), annullamento (1425 ss. c.c.), rescissione (1447 ss. c.c.), risoluzione (1453 ss. c.c.) e revocatoria (artt. 2901 ss. c.c.)⁷⁰²

La destinazione del presente lavoro e il circoscritto interesse che muove l'approfondimento impedisce di riferire, con l'accuratezza necessaria, della irripetibile stagione liberale di politica legislativa vissuta nei paesi di madrelingua tedesca nel corso del XIX secolo, che sarebbe in ultimo confluita nella predisposizione del *Buergerliches Gesetzbuch* tedesco, dando vita a quello che – ancora oggi – ne costituisce un connotato distintivo ed antitetico rispetto al sistema franco-italiano: l'impugnativa stragiudiziale dei contratti.

Per tentare di fornire un minimo di contezza delle opzioni di politica legislativa in tal modo perseguite, nonché del contesto politico e culturale che tale scelta avrebbe favorito, si prenderanno in considerazione gli sviluppi storici del recesso per inadempimento e dell'impugnazione dei contratti nella legislazione e nella dogmatica tedesche del XIX secolo.

Il diritto comune tedesco – rimasto estraneo agli sviluppi sperimentati dal diritto canonico e dal diritto naturale⁷⁰³ – non conosceva un generale potere di sciogliersi dal contratto da esercitarsi unilateralmente in caso di inadempimento, ed aveva anzi importato l'espresso divieto di recesso (*Ruecktrittsverbot*) dal principio romanistico per cui “*pacta servanda sunt*”. L'unico strumento utile a tale scopo⁷⁰⁴ sarebbe stata la stipulazione di un nuovo contratto solutorio tra le originarie parti contraenti⁷⁰⁵ e, in via preventiva, si cominciò ad ammettere la stipulazione di una clausola risolutiva espressa (*lex commissoria*) per la quale sarebbe stato necessario l'avveramento di una duplice condizione: la mora del debitore e la dichiarazione unilaterale del creditore⁷⁰⁶. La pandettistica diffidava di tale strumento ed è controverso se se ne fosse avvalsa per fondare già nel corso del XIX secolo un generale potere di recesso fondato su una clausola commissoria tacita considerata implicitamente apposta ad ogni contratto⁷⁰⁷

Un primo passo verso il riconoscimento di un generale potere di recesso *ex lege* da esercitarsi, in caso di inadempimento, in via stragiudiziale sarebbe stato compiuto con il codice

1994, 291 ss.; CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europ. Dir. Priv.*, 1999, 793 ss.; MOSCATI, *Caducazione degli effetti*, cit., 440. Occorre segnalare che il principio della retroattività della risoluzione in Francia è stato di recente posto in discussione da GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, 1992, 418 ss. perché ritenuto caratteristica non della risoluzione dell'atto ma delle conseguenti retituzioni) – di una condizione risolutiva tacitamente stipulata e considerata fittiziamente apposta ad ogni contratto ed avente ad oggetto l'inadempimento delle prestazioni in esse contenute. In tal senso si spiega il suo inserimento nel paragrafo relativo alle “*obligations conditionnelles*”. La risoluzione del contratto Occorre sin d'ora segnalare come la disciplina della risoluzione del contratto in Francia ha subito sensibili innovazioni a seguito della *RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS* apportata con l'ordonnance n° 2016-131 del 10 febbraio 2016.

700 PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 62 ss.

701 PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 115 ss.

702 PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 182 ss.

703 HATTENAUER, *Einseitige private*, 100 ss., riferisce come il diritto canonico del XII secolo avesse già sviluppato – a partire dal concetto di *fides* (fiducia) – il principio secondo cui una parte contrattuale potesse recedere dal contratto in caso dell'altrui inadempimento (“*frangenti fidem fides non est servanda*”)

704 HATTENAUER, *Einseitige private*, 113 s.: recesso in caso di mora del debitore e inutilità di una prestazione tarda da parte del creditore, che si evolve nel mero potere di rifiutare una prestazione tardiva e di omettere la propria; nel caso di prestazione già eseguita si sarebbe trattato di un peculiare diritto al risarcimento dei danni

705 Windscheid, *Pandekten*, I, § 90 n. 4; Id., *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, 25

706 HATTENAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, Tuebingen, 2011, cit., 115 s.; LESER, *Der Ruecktritt von Vertrag*, Tuebingen, 1975, 6, 14 s., 16 ss., 25, 78

707 In questo senso LESER, *Der Ruecktritt*, 18 ss; contra HATTENAUER, *Einseitige private*, 112 ss.

generale di commercio tedesco del 1861 (*Allgemeines Deutsche Handelsgesetzbuch*, di seguito ADHGB)⁷⁰⁸, nel corso dei cui lavori preparatori si sarebbero confrontati, da una parte, il modello francese⁷⁰⁹ e, dall'altra, quello derivante del diritto comune tedesco⁷¹⁰. Il progetto di codice prussiano, che sarebbe servito da base di partenza dei lavori, prevedeva all'art. 250 ancora la necessità di adire la via giurisdizionale per ottenere dal giudice lo scioglimento (*Aufhebung*) del contratto, ritenendo quella francese l'opzione migliore per garantire la certezza del diritto ed evitare le contestazioni che sarebbero potute altrimenti insorgere⁷¹¹. La proposta, tuttavia, si infranse contro un secco rifiuto: essa avrebbe accollato l'onere di attivare lo strumento processuale proprio alla parte contrattuale più diligente, risolvendosi in un passo indietro rispetto alla stessa prassi accolta nel diritto comune e in un aggravio per la speditezza e velocità del traffico commerciale⁷¹².

Non sembra necessario seguire le successive fasi dell'evoluzione che porterà a generalizzare il *Ruecktrittsrecht* anche ai rapporti non commerciali fino a trovare oggi ricezione ai §§ 346 ss BGB, ed in particolare al § 349 secondo il quale: "*Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil*". La riferita vicenda storica già contiene in nuce i maggiori argomenti di politica legislativa che, anche in seguito, entreranno ad alimentare il dibattito in materia di poteri formativi e di azioni costitutive; in secondo luogo essa doveva servire a tratteggiare il contesto politico entro cui si svolse il dibattito in relazione agli strumenti di tutela che avrebbero caratterizzato l'ordinamento tedesco.

Un medesimo percorso avrebbe seguito l'azione di annullamento del contratto: il codice civile sassone del 1856 già prevedeva al § 849 che questo sarebbe dovuto avvenire con dichiarazione del soggetto legittimato nei confronti della controparte, sciogliendosi in tal modo il vincolo contrattuale⁷¹³. Ancora oggi la medesima tecnica di tutela si rinviene al § 143 BGB: "*Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner*".

Sotto il versante più strettamente dogmatico appare invece illuminante l'autonomo ma parallelo itinerario che avrebbe intrapreso la pandettistica per fondare, seppur inconsapevolmente, un potere formativo di impugnativa stragiudiziale in materia di annullamento (*Anfechtung*). Savigny⁷¹⁴, e con questi l'intera dottrina di diritto comune, conosceva diversi tipi e gradi di impugnazione ("*Arten und Grade der Anfechtbarkeit*"), che avrebbero trovato espressione nelle forme dell'azione, dell'eccezione e delle restituzioni ("*Klage, Exception, Restitution u.s.w.*")⁷¹⁵.

Quanto all'azione ("*Klage*") si è già vista la comprensione che ne aveva la pandettistica, come di una modificazione ("*Metamorphose*") dello stesso diritto soggettivo intervenuto per effetto della sua lesione⁷¹⁶. La successiva irruzione nella dogmatica tedesca del *materieller Anspruch* elaborato dal Windscheid avrebbe segnato un primo passaggio dalla forma

708 Su cui si veda LESER, *Der Ruecktritt von Vertrag*, Tuebingen, 1975, 6, 14 s., 16 ss.; HATTENAUER, *Einseitige private*, 123 ss.

709 Il quale

710 ALR

711 HATTENAUER, *Einseitige private*, cit., 125 s.

712 HATTENAUER, *Einseitige private*, cit., 128 s.

713 HARDER, *Die historische Entwicklung*, cit., 214

714 SAVIGNY, *System des heutigen roemischen Rechts*, IV, 1841, 536 ss.. Cfr. HARDER, *Die historische Entwicklung*, cit., 211, per la constatazione secondo cui si deve proprio al Savigny l'elaborazione per la prima volta nella storia del diritto privato della categoria unitaria della invalidità delle fattispecie giuridiche ("*Ungültigkeit der juristischen Tatsachen*")

715 SAVIGNY, *System des heutigen roemischen Rechts*, IV, 1841, 537. HARDER, *Die historische Entwicklung*, cit., 212

716 Sul punto PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 168

processuale a quella sostanziale dell'annullamento: quest'ultimo si sarebbe esercitato come una qualunque pretesa sostanziale⁷¹⁷

La stessa parabola avrebbe contrassegnato l'eccezione ("Exception"): questa, inizialmente concepita come un diritto (all'annullamento) posto in direzione di difesa nei confronti dell'azione esercitata nel processo, sarebbe divenuta per Windscheid "espressione della revoca del giuridico riconoscimento di una determinata pretesa"⁷¹⁸. Con ciò l'eccezione cessava di appartenere alla dottrina processuale, e anche sul piano dogmatico doveva consumarsi in tal modo il definitivo svincolo dell'impugnazione dal processo.

Si è ipotizzato che l'autorità del Windscheid dovesse aver avuto diretta ed immediata incidenza già nella elaborazione del codice civile sassone, in considerazione del fatto che la predisposizione di quest'ultimo è venuta a coincidere con la pubblicazione della monografia "*Actio des roemischen Civilrechts*" (1856). Diversi elementi sembrano rendere tuttavia inverosimile la circostanza che nell'arco di un medesimo anno una simile e così incisiva innovazione potesse risultare già acquisita al punto da essere di ispirazione per un progetto di codificazione⁷¹⁹. E, tuttavia, appare ancor più significativo che nello stesso frangente storico si potesse pervenire attraverso due due paralleli e autonomi processi di elaborazione – l'uno scientifico, l'altro di legislazione positiva – ad medesimo risultato: quello che è stato efficacemente descritto come un "allontanamento dal pensare giuridico in chiave processuale"⁷²⁰.

Si è già accennato come tutto ciò costituisse un lascito del pensiero liberale tedesco dell'800 e in particolare della pandettistica, abituata a pensare al diritto processuale come parte del diritto pubblico, in netta contrapposizione al diritto privato. Di qui lo sforzo di separare recisamente l'uno dall'altro: con il ché si sarebbe inteso in realtà svincolare il privato dall'ingombrante ingerenza dello stato e dalla dipendenza dal potere del giudice⁷²¹.

Quella appena descritta doveva rappresentare l'origine politico-dogmatica dei poteri formativi, o *Gestaltungsrechte* nell'ordinamento tedesco. Per contro sembra quasi banale constatare come l'introduzione della medesima figura nella letteratura italiana dovesse costituire uno degli apporti più significativi dell'opera del Chiovenda, il quale – per ironia della sorte – vi avrebbe invece intravisto la veste dogmatica su cui fondare proprio la dottrina dell'azione⁷²².

L'exkursus – che si voleva mantenere entro più ristretti limiti – ha sottratto fin troppo tempo e spazio, che tuttavia si riveleranno ben spesi nella misura in cui sia stato possibile mettere in luce quale ben più profondo significato assuma nell'ordinamento italiano il principio – comunemente ritenuto impresso nell'art. 111 c.p.c. – "secondo il quale si deve impedire, per quanto è possibile, che la necessità di servirsi del processo per la difesa del diritto, torni a danno di chi è costretto ad agire o a difendersi in giudizio"⁷²³.

53. Risoluzione del caso prospettato: impugnativa di un contratto traslativo proposta innanzi a un giudice tedesco e successione nel diritto controverso

I dati e gli elementi fin qui raccolti dovrebbero essere sufficienti per risolvere l'interrogativo più sopra posto circa il trattamento processuale che l'ordinamento tedesco riserverebbe all'impugnativa di un contratto traslativo della proprietà, disciplinato dal diritto

717 HARDER, *Die historische Entwicklung*, cit., 218

718 HARDER, *Die historische Entwicklung*, cit., 218

719 HATTENAUER, *Einseitige private*, cit., 165

720 Così HARDER, *Die historische Entwicklung*, cit., 224 che parla di "*Abkehr vom prozessualen Rechtsdenken*"

721 HARDER, *Die historische Entwicklung*, cit., 225

722 CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 20 ss.

723 CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio jurisdictionis*, cit., 273; in senso conforme, PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 66

italiano e relativo ad un bene che si trovi in Italia, nell'ipotesi in cui il convenuto alieni nel corso del processo il bene trasferito con il contratto impugnato.

Nel concreto può farsi riferimento alla seguente fattispecie: due imprenditori concludono un contratto di trasferimento di un'azienda organizzata per l'esercizio di una impresa commerciale situata in Italia. Si immagini che per un qualunque motivo il contratto di trasferimento sia invalido (es. errore o dolo) e che l'alienante inizi un processo di annullamento in Germania, in virtù di un accordo di deroga alla giurisdizione ai sensi degli artt. 25 e 26 reg. Bruxelles I bis. Nelle more del processo, il convenuto trasferisce l'azienda a un terzo; la causa prosegue e il convenuto all'esito del giudizio soccombe⁷²⁴.

In particolare, ci si chiede se, in base alla qualificazione che verrebbe offerta alla luce dei criteri interpretativi propri dell'ordinamento tedesco, il bene trasferito in corso di causa – l'azienda – verrebbe considerato controverso (*streitbefangen*) ai fini dell'applicazione della disciplina di cui ai §§ 265-325⁷²⁵.

In via preliminare, non sembra sussistere dubbio alcuno in ordine alla piena derogabilità della giurisdizione nel caso prospettato⁷²⁶ trattandosi di un diritto disponibile; l'accordo di deroga alla competenza sarà pertanto pienamente valido, e dunque l'attore adirà legittimamente l'autorità giurisdizionale tedesca la quale risulterà munita di competenza giurisdizionale sulla controversia⁷²⁷.

Quanto al diritto applicabile al merito della controversia di annullamento contrattuale, non può neanche dubitarsi che esso sarà costituito dalla legge italiana, con la quale la fattispecie – in mancanza di diversa scelta ai sensi dell'art. 3 reg. Roma I – esibirà il collegamento più stretto. Il diritto italiano, dunque, costituirà la cd. *lex contractus*, dalla quale sarà desumibile – ai sensi degli artt. 10 e 12 lett. C, reg. Roma I – la disciplina relativa all'esistenza e alla validità del contratto, nonché il modo per farla valere. Ne discende che l'attore dovrà formulare – e il giudice pronunciarsi su – una domanda costitutiva di annullamento del contratto ai sensi degli

724 Il caso è stato costruito prendendo spunto, *mutatis mutandis*, dalla fattispecie esaminata da BIGIARI, *Risoluzione per inadempimento ed alienazione della cosa litigiosa*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1954, 153 ss. In alternativa si sarebbe potuta prendere in considerazione una variegata costellazione di fattispecie il cui dato costante, ai fini che qui interessano, sarebbe stato quello di supporre un processo pendente in Germania relativo ad un contratto traslativo della proprietà di un bene situato in Italia. Si pensi ancora alla seguente fattispecie: due tedeschi risultano proprietari di due ville situate in Italia e sono appassionati collezionisti di opere d'arte che per hobby comprano e vendono – anche tra di loro – per adornare la propria dimora italiana. Nel corso di una delle tante trattative che tra loro intercorrono, l'uno dei due carpisce fraudolentemente il consenso dell'altro e si fa consegnare un quadro antico di inestimabile valore. L'alienante, scoperta la truffa, propone domanda di annullamento del contratto davanti ad un giudice tedesco – per evitare le famigerate lungaggini della giustizia in Italia – e l'acquirente non eccepisce il difetto di giurisdizione preferendo un processo che si svolga nella propria lingua. Ancora, si pensi al contratto di fornitura di un macchinario industriale che una società tedesca si sia impegnata a consegnare ad una azienda italiana; la società italiana si rende inadempiente e, di conseguenza, l'alienante propone domanda di risoluzione contrattuale innanzi al giudice tedesco. In tutte tali ipotesi si immagini che il convenuto alieni a un terzo il bene trasferito con il contratto impugnato.

725 Tale questione potrebbe emergere in occasione di un possibile intervento adesivo (*einfacher Nebenintervention*) dispiegato dal terzo acquirente nel processo pendente, ovvero in sede di esecuzione e riconoscimento della sentenza ottenuta al suo esito.

726 Nel proseguo, le considerazioni di cui al testo possono valere anche per le fattispecie enucleate alla nota precedente.

727 La disciplina della deroga alla giurisdizione applicabile sarà quella delineata dagli artt. 25 e 26 del regolamento di Bruxelles I bis, che risultano del resto in linea con quella contenuta negli artt. 4 e 11 l. 31 maggio 1995, n. 218. Su quest'ultima si veda in particolare MUSENGA/VILLECO, *Giurisdizione nel diritto processuale civile internazionale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg. I*, Torino, 2000, 476 ss., in part. 493 s.; nonché CARBONE/QUEIROLO, *Accettazione e deroga della giurisdizione*, in PREITE, *Trattato notarile*, I, Torino, 2011, 482 ss., 494 ss.

artt. 1441 c.c.⁷²⁸, nonché di restituzione dell'azienda ai sensi dell'art. 2033 c.c. Al contrario, il procedimento svolgentesi innanzi al giudice tedesco sarà ovviamente retto dalle norme della ZPO.

Ci si deve a questo punto domandare se il trasferimento intervenuto nel corso del processo possa integrare una *Veraeusserung der streitbefangenen Sache* ai sensi del § 265 ZPO, tale da dar luogo all'applicazione della relativa disciplina. Ora, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, la valutazione relativa al carattere controverso o meno di un bene – come ogni questione che implichi un problema di qualificazione di una fattispecie secondo i parametri del diritto internazionale privato – dovrà essere effettuata sulla base della qualificazione compiuta alla luce dei canoni interpretativi propri della *lex fori*, dunque, nel presente caso, il diritto tedesco⁷²⁹.

Ora, il bene di cui si chiede la restituzione si trova in Italia, dunque in base alle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento tedesco (art. 41 EGBGB), l'incidenza che un vizio del contratto produce sull'assetto proprietario relativo al bene verrà valutata sulla base del principio consensuale (1376 c.c.) e di causalità delle attribuzioni patrimoniali vigente nell'ordinamento italiano⁷³⁰.

Ebbene, non si avrebbe motivo di dubitare che sulla base della qualificazione data alla fattispecie concreta, effettuata alla luce dei criteri interpretativi propri dell'ordinamento tedesco, l'azienda – nell'esempio fornito – sarebbe considerata controversa. Infatti, nella prospettiva tedesca, nel contratto traslativo del diritto italiano risulterebbero compenetrati l'atto dispositivo e il contratto consensuale⁷³¹, per cui il trattamento processuale corrisponderebbe a quello del cd. *Fehleridentitaet*.

Né dovrebbe ritenersi che il carattere giudiziale dell'impugnativa contrattuale, piuttosto che stragiudiziale, rappresenti un ostacolo a tal fine: non è dato infatti rinvenire opinioni che escludano l'operatività del § 265 ZPO per le azioni costitutive⁷³², trovandosene anzi diverse applicazione nei repertori.

Vi sarebbero anzi indici sufficienti per ritenere che l'azienda sarebbe considerata controversa sotto un duplice profilo. In primo luogo essa è senz'altro resa tale dall'azione

728

729 Tale è almeno l'opinione maggioritaria sia in Italia che in Germania: cfr. sul punto MOSCONI/CAMPIGLIO, *Diritto internazionale*, cit., 207 ss.; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Koeln, 2005, 7, 140 ss

730 KEGEL/SCHURING, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., Muenchen, 2004, 768: “Die lex rei sitae ordnet an, ob eine dingliche Verfuegung abstrakt oder kausal ist”. In senso conforme BGH NJW 00, 1487. Si veda inoltre HOFFMANN/THORN, *Internationales Privatrecht*, cit., 519: “Die lex rei sitae entscheidet auch, ob und wie sich Maengel des Kausalgeschaefits auf die dingliche Rechtslage auswirken”

731 PRUETTING, *Sachenrecht*, cit., 15: “Waere die Uebereignung nicht abstrakt, sondern wuerde die Nichtigkeit des Kausal geschaefits ohne weiteres die des dinglichen Geschaefits nach sich ziehen, so haette der Verkaeuffer und Veraeusserer im Falle der Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen der daraus folgenden Nichtigkeit der Uebereignung stets den dinglichen Herausgabeanspruch nach § 985 und den Berichtigungsanspruch des § 894”

732 Si veda in proposito SCHWEICKERT, *Die subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft franzoesischer Zivilurteile unter vergleichender Heranziehung des deutschen Rechts*, Muenchen, 1967, 99: “Im deutschen Recht fehlt es bereits im Ausgangspunkt, d.h. im Bereich des materiellen Rechts an einer Parallele, da das BGB vom Abstraktionsprinzip beherrscht wird. Im uebrigen wuerde es sich um ein Gestaltungsurteil handeln, so dass nicht die Rechtskraftwirkung, sondern die Gestaltungswirkung die Behandlung dieser Frage bestimmen wuerde. Bei Feststellungsurteilen, die bei entsprechender materiellrechtlicher Situation allein in Betracht kommen koennten, sind die § 325, 265 ZPO anzuwenden, so dass als Voraussetzung fuer die Rechtskrafterstreckung die Rechtsnachfolge nach Eintritt der Rechtshaengigkeit stattgefunden haben muss”. L'autore, interrogandosi in merito al trattamento processuale dell'azione di risoluzione del diritto francese, si dimostra possibilista in ordine alla compatibilità del § 265 ZPO con il Gestaltungswirkung. In oltre afferma espressamente che in una corrispondente situazione di diritto sostanziale troverebbe senz'altro applicazione l'istituto della successione nel diritto controverso.

costitutiva, la quale annullando gli effetti prodotti dall'atto traslativo impugnato ha la virtù di revocare il trasferimento della proprietà e dunque di renderla controversa⁷³³.

In aggiunta, è inoltre da ritenere che l'azienda – nell'anzidetta controversia – sarebbe resa controversa anche dall'azione di restituzione esercitata ai sensi dell'art. 2033 c.c., almeno in quanto la stessa si collochi a valle di un'azione di caducazione degli effetti di un contratto traslativo. Ciò emerge con particolare evidenza nelle trattazioni comparatistiche tedesche dedicate allo studio delle azioni di ripetizione dell'indebito o di ingiustificato arricchimento, e in particolare dall'attenzione e dal trattamento che viene dedicato al rimedio previsto dall'art. 2033 c.c.

Nell'ottica tedesca, infatti, a venire in rilievo sarebbe in primo piano la diversa collocazione sistematica dell'azione di ripetizione dell'indebito italiana rispetto alla *Ungerechtfertigte Bereicherung* del diritto tedesco. Mentre infatti quest'ultima innesca una obbligazione volta al ritrasferimento della proprietà, l'azione italiana ex art. 2033 c.c. – in quanto si leghi all'impugnativa di un contratto traslativo – presuppone già a monte l'avvenuta retrocessione della proprietà. Ciò che inciderebbe sulla sua qualificazione funzionale dell'azione nell'ambito del processo tedesco nell'esempio proposto: essa verrebbe interpretata come un rimedio volto al recupero del mero possesso del bene⁷³⁴.

E, dal momento che i §§ 265, 325 e 727 ZPO nell'ordinamento tedesco si applicano anche alle azioni possessorie, sarà fatale che l'azienda risulti controversa anche in riferimento a tale profilo⁷³⁵.

Sezione II: L'individuazione del “diritto controverso” nel prisma dell'ordinamento e della tutela giurisdizionale

La lunga elaborazione che ha richiesto il caso concreto ipotizzato che ci si è proposti di risolvere nella sezione precedente evidenzia tutta la difficoltà che si incontra allorché si tratti di approcciarsi da un punto di vista comparativo ad un istituto – quale appunto quello della successione nel diritto controverso – collocato esattamente sul crinale dei rapporti tra diritto e processo; ma soprattutto, voleva dimostrare l'impossibilità di accostarsi allo studio dell'istituto in esame senza una preliminare indagine relativa al diritto sostanziale applicato nei diversi ordinamenti.

E' forse questa la ragione che ha condotto la dottrina tradizionale, in specie quella italiana, a radicalizzare le diversità di vedute – dall'una e dall'altra parte – in relazione all'ambito applicativo dell'art. 111 c.p.c. Radicalizzazione a cui deve aver sicuramente

733 WISCHERMANN, *Die Rueckabwicklung fehlgeschlagener Grundstueckskaufvertraege*, Saarbruecken, 2000, 244: “wenn der Kaufvertrag [...] nach art. 1654, 1184 Code civ. aufgeloeset wurde oder nichtig ist. Da die Wirksamkeit der Grundstuecksuebertragung mit der Wirksamkeit des Kaufvertrages steht und faellt, wird der Verkaeuffer rueckwirkend zum Eigentueemer des Grundstuecks [...] Saemtliche Rechtsgeschaefte, die der Kaeufer in seiner vermeintlichen Position als Eigentueemer abgeschlossen hat, hat er in Wahrheit als Nichtberechtigter vorgenommen [...] Erlischt das Recht des Gebers, so erlischt das (davon) abgeleitete Recht eines Dritten. Dritte, die Rechte an dem Grundstueck erworben haben, verlieren diese rueckwirkend”.

734 ROTH, *Abstraktions- und Konsensprinzip und ihre Auswirkung auf die Rechtstellung der Kaufvertragsparteien*, in *ZvglRWiss*, 1993, 371 ss., 392, nt. 110: “Die Rechte Oesterreichs, Frankreichs und Italiens kennen ausserdem die aus dem roemischen Rechts stammende *condictio indebiti*, die einen Anspruch auf Rueckuebereignung gewaehrt; das ist eigentlich systemwidrig, da Erwerbs- und Behaltensgrund in diesen Rechten identisch sind. Praktisch ist die *condictio indebiti* heute eine Art Besitzkondition”. In senso conforme Klang, *Kommentar zum ABGB*, Bd. VI, 2. Aufl., 1951

735 Per l'applicabilità dei §§ 265, 325, 727 ZPO anche alle azioni possessorie (§§ 861 ss. BGB) si vedano BECKER-EBERHARD, § 265, in *Muenchener Kommentar*, cit., 1595, per il quale “bei einer Klage auf Besitzerlangung ist die Sache streitbefangen, falls ein Anspruch auf Rueckverschaffung [...] geltend gemacht wird”; ROTH, sub § 265, cit., 403;

contribuito l'importazione delle teoriche che si andavano elaborando nella letteratura tedesca, senza tuttavia un preventivo vaglio in ordine alla loro conciliabilità con l'ordinamento e la sistematica del diritto applicato in Italia

Di qui l'opportunità, da una parte, di rivisitare quel dibattito che – come noto – ha avuto precipuamente ad oggetto l'individuazione della nozione del “diritto controverso” che si rinviene al primo comma dell'art. 111 c.p.c. In proseguo si tenterà di proporre una autonoma interpretazione che sappia tener conto dei risultati cui si è pervenuti nel corso del presente lavoro.

54. Le nozioni del diritto controverso elaborate dalla dottrina

Tra i vari interrogativi che si addensano intorno all'interpretazione dell'art. 111 c.p.c., quello che, sicuramente, più a lungo e con maggior fervore dogmatico ha tenuto impegnata la dottrina italiana è di fatto coinciso con il problema relativo alla definizione del significato da attribuire all'espressione “diritto controverso” intorno a cui sembra fare perno l'intera disciplina italiana dell'istituto in esame. Si tratta probabilmente della questione più spinosa che – nelle intenzioni degli autori che se ne sono occupati – avrebbe dovuto avere dirette ripercussioni in riferimento alla latitudine applicativa dello stesso istituto.

Più in particolare, l'alternativa di fondo che, in prima battuta, ha da sempre diviso l'opinione degli interpreti risiedeva nella dimensione sostanziale ovvero meramente processuale entro cui collocare il fenomeno successorio nel diritto controverso⁷³⁶. Le diverse interpretazioni fornite al riguardo si lasciano collocare su una scala di progressiva astrazione dal piano processuale a quello sostanziale.

Ad un estremo della delineata contrapposizione si colloca la riflessione secondo cui, prendendo a paradigma l'ipotesi di una domanda risultata infondata al termine del giudizio, non fosse “una successione nel diritto sostanziale quella che determina la successione processuale” – dato che l'esistenza del primo sarebbe stata, in ultima istanza, disconosciuta – quanto piuttosto in un *quid* di natura processuale che era visto risiedere nel “*trapasso della lite*”⁷³⁷.

Sempre ad una dimensione marcatamente processuale era ricondotto il fenomeno del trasferimento del diritto controverso nell'opinione di chi vi intravedeva una successione nel diritto processuale al provvedimento di merito⁷³⁸.

Secondo altra impostazione, che affondava le proprie radici in una nozione marcatamente concreta del diritto di azione, si affermava che dal trasferimento del diritto conseguisse sempre e contestualmente il trasferimento della relativa *azione*, la quale “la si vede e la si ritrova soltanto allo stato di pretesa”⁷³⁹.

736 Sul tema, in generale, PICARDI, *La successione processuale*, cit., 102 ss.; CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, cit., 3 ss.; ID., *Recensione a La successione nel diritto controverso di De Marini*, in Riv. Dir. Proc., 1954, 70 ss.; SATTA, *La successione nel diritto controverso*, in *Foro it.*, 1954, IV, 126 ss.; Proto Pisani, *La trascrizione*, cit., 26 ss.; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, in Commentario del codice di procedura civile, Torino, 1973, 180; De Marini, *La successione*, cit., 46; Colesanti, *Trascrizione della domanda e sequestro del bene pendente lite*, in Riv. Dir. Proc., 1963, 240 ss.; MENGONI, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in Riv. Dir. Proc., 1969, 360 ss., in part. 394 ss.; LASERRA, *Prospettazione ed effettività dell'art. 111 c.p.c.*, in Riv. Dir. Proc., 1978, 1291 ss.; FAZZLARI, “*Successione nel diritto controverso*”, in Riv. Dir. Proc., 1979, 521 ss.; LUISO, *Successione nel processo*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993, 9; WIDMANN, *La successione*, cit., 402 ss.

737 Tale era l'opinione del CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, cit., 3 ss., in part. 5; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 434 ss.; ID., *Recensione a La successione nel diritto controverso di De Marini*, in Riv. Dir. Proc., 1954, 70 ss. Sulla teoria della lite in generale elaborata dal medesimo autore si vedano CARNELUTTI, *Lite e funzione processuali*, in Riv. Dir. Proc., 1928, 1 ss., 23 ss.; ID., *Lite e processo*, in Riv. Dir. Proc., 1928, 99 ss.; ID., *Sistema*, cit., I, 341 ss.

738 PICARDI, *La successione processuale*, cit., 131

739 REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Milano, 1957, 82 s., 182; ID., *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in Riv. Dir. Proc., 1955, 74 ss., il quale definiva l'azione quale “diritto soggettivo tipico sui generis, che trova il

Ad una conclusione apparentemente simile giungeva chi qualificava il diritto controverso, in quanto litigioso, come “qualcosa di meno del diritto soggettivo perfetto”⁷⁴⁰; quest’ultimo infatti, una volta che sia contestato, diventa un “preteso diritto”; ed in quanto il suo titolare ne invochi la tutela giurisdizionale, esso “appare sotto un diverso aspetto... sotto l’aspetto cioè di una *pretesa*”⁷⁴¹.

Del pari, non sembra del tutto discostarsi da una comprensione processuale del diritto controverso anche la ricostruzione di chi lo ravvisa nel diritto “affermato” in giudizio, la cui precisa individuazione sarebbe data nella geometrica coincidenza “con la situazione sostanziale che legittima una delle parti a stare in giudizio” e che costituisca contestualmente “l’oggetto del processo e dell’accertamento giurisdizionale”⁷⁴².

Si tratta – come ben si vede – di una varietà di definizioni profondamente diversificate nei fondamenti sistematici e dogmatici che ciascuna presuppone, ma legate dal comune imbarazzo di rinvenire l’esatto punto di incidenza della vicenda successoria all’interno della parentesi giurisdizionale entro la quale temporalmente si colloca. Ciò che doveva essere conseguenza della difficoltà istintiva di considerare come oggetto del trasferimento in corso di causa una situazione giuridica sostanziale perfetta, dal momento che la stessa è *sub iudice* e potrà esser del tutto sconosciuta all’esito del processo. Di qui il fiorire delle tendenze che avrebbero collocato su di un piano processuale l’intera fattispecie successoria – invocando ad esempio la figura della successione nella lite o nel diritto alla sentenza di merito – o che avrebbero preferito declassare l’oggetto del trasferimento a quello di una mera *pretesa*, a metà strada tra l’azione e il diritto soggettivo perfetto.

In critica a siffatte ricostruzioni si è giustamente rilevato come esse siano il frutto di una ultronea ipostatizzazione del concetto di diritto soggettivo, pensato come un qualcosa di concreto che materialmente dovesse passare di mano in mano (“come il testimone nelle gare di staffetta”⁷⁴³) dall’antecessore all’avente causa per poter configurare una successione a titolo particolare⁷⁴⁴.

A maggior ragione, il medesimo rilievo critico sembra doversi rivolgere anche all’impostazione tesa ad identificare stringentemente il diritto controverso con l’oggetto immediato del giudizio, e che distingue a seconda che il suo trasferimento in corso di causa inveri una successione in un rapporto “oggettivamente identico” a quello facente capo alle parti originarie – nel qual caso troverebbe applicazione l’art. 111 c.p.c. – ovvero in un rapporto

suo posto nel campo e nel quadro delle sanzioni e non dei precetti delle norme giuridiche” (REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 47)

740 L’opinione, a ben vedere, risale già a MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 4^a ed., Milano, 1923, 534 ss., ed è stata solo ripresa da DE MARINI, *La successione*, cit., 46, prima di suscitare le critiche del CARNELUTTI, *Recensione a La successione nel diritto controverso di De Marini*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, 70 ss.

741 Così DE MARINI, *La successione*, cit., 46, il quale prosegue: “la *pretesa* non è il diritto controverso, ma direi che ne è la proiezione dinamica: essa non ha natura processuale bensì sostanziale. Da quanto detto consegue che il trasferimento del diritto controverso determina sempre anche il trasferimento della *pretesa*”. In senso sostanzialmente

742 E’ la tesi di PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5^a ed., Napoli, 2012, 392 s. Per il rilievo che anche tale impostazione si muove in una dimensione prettamente processuale si veda PICARDI, *La successione processuale*, cit., 290, il quale rileva come come anche nell’ottica di tale autore “il *quid* che si trasferisce è rappresentato non dalla situazione giuridica effettivamente esistente, ma dall’affermazione della situazione sostanziale [...] Tale affermazione costituirebbe un atto indiscutibilmente processuale, in quanto posto in essere nell’ambito del procedimento”. Analoga critica è rivolta da MENGONI, *Note sulla trascrizione*, cit., 396; nonché da LUIO, *Successione nel processo*, cit., 4

743 L’immagine del testimone nelle gare di staffetta è evocata da LUIO, *Successione nel processo*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993, 9.

744 Risale al CARNELUTTI, *Recensione a La successione*, cit., 71, l’osservazione secondo cui il diritto, in quanto controverso, potrebbe risultare alla fine “un niente”, e nel niente – evidentemente – non si succede.

“oggettivamente diverso e giuridicamente dipendente”, per il quale l’art. 111 c.p.c. non troverebbe applicazione⁷⁴⁵.

Sotto il primo profilo, infatti – pur volendo sorvolare sulla concettualistica astrazione che vorrebbe fare dell’oggetto del giudizio una realtà fenomenica entizzata suscettibile di essere impiegata a metro di misura dei più vari e diversi scopi⁷⁴⁶ – risulta in realtà del tutto pacifico che l’oggetto del giudizio in quanto tale non possa essere di per sé trasferito⁷⁴⁷.

In riferimento invece al tema del rapporto giuridico, al di là della sua intrinseca vischiosità⁷⁴⁸, si è visto come sia la stessa legittimità della riferita distinzione – incentrata sul diverso riverbero che l’atto di trasferimento esercita sulla legittimazione ad agire del dante causa – a non trovare riscontro, né nella legge né nel sistema. Si tratta piuttosto di un mero espediente concettuale che sfrutta inconsapevolmente la diversa incidenza che la prescelta nozione di legittimazione ad agire esercita sui caratteri di struttura delle situazioni di vantaggio considerate, in particolare di quelle di natura reale⁷⁴⁹.

55. L’incidenza del trasferimento del diritto controverso sul processo in corso: la teoria delle *distinctiones*. Critica

Nella letteratura processualista italiana successiva all’entrata in vigore del codice del ‘40 la questione relativa alla esatta definizione della nozione del “diritto controverso” sarebbe diventata centrale e strettamente connessa alla delimitazione dell’ambito applicativo dell’istituto;

La questione, a ben vedere, è la risultante della stessa evoluzione storica dell’istituto, soprattutto in relazione al progressivo affermarsi della *Relevanztheorie* e sotto la spinta dell’ormai nota massima della “perdita della *Sachlegitimation*” impiegata per individuarne i sempre più ridotti limiti di operatività. Tale processo, già avviato in Germania, avrebbe condotto a conseguenze ancora più inappaganti nell’ordinamento italiano, complice – come si è

745 Così Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 130 ss. Di recente una simile impostazione è stata rievocata da Widmann, *La successione*, cit., 412, secondo la quale dall’indagine storico-funzionale del regime dell’art. 111 c.p.c. emergerebbe che il presupposto indefettibile di applicazione dell’istituto sarebbe costituito dal “sopraggiungere di una fattispecie traslativa tale da dar luogo all’estinzione del diritto in ordine al quale l’attore ha chiesto tutela, e così alla sopravvenuta infondatezza della domanda attorea”

746 Mai così tanto attuale si rivela in proposito la critica mossa da EKELOEF, *Der Prozessgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz*, ZJP, 1972, 145 ss., in relazione alle elaborazioni dottrinali tedesche in materia di Streitgegenstand. Sul tema, ancora di recente, è tornato Dvorák, *Streitgegenstand und Vollstreckungsgegenklage*, in *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2, 2011, 25: “*Ueber das Wesen*”

747 In tal senso FAZZALARI, *Successione nel diritto controverso*, cit., 1390, secondo cui “il diritto controverso, come ipotesi intorno alla quale lavorano parti e giudice, non può essere trasferito”. In senso analogo, nella dottrina tedesca, in riferimento all’espressione “*geltend gemachte Anspruch*” che campeggia al § 265 Abs. 1 ZPO, si veda ROTH, § 265, in STEIN/JONAS, *Kommentar*, cit., 405, “*Der ‘geltend gemachte Anspruch’ wird nicht im prozessualen Sinne als der prozessuale Streitgegenstand verstanden, der als solcher nicht abgetreten werden kann, sondern meint in erster Linie subjektive materielle Rechte jeder Art*”

748 Si veda tra tutti BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, 1 ss., 31: “La dottrina quasi unanime concepisce il rapporto giuridico, come la sintesi di due posizioni antitetiche – diritto e dovere – in cui stanno fra loro in relazione due soggetti dell’ordine giuridico: posizioni che vengono valutate direttamente ed immediatamente fra i medesimi soggetti e sono chiamate ad esprimere fra loro il rapporto di dominante e dominato, di avente dovere ad avere diritto [...] Così costruito e posto al centro della dogmatica giuridica, io credo che il rapporto giuridico, sia lo strumento più imperfetto, attraverso il quale si possa guardare la realtà giuridica, il mezzo da cui essa giunge all’occhio sostanzialmente deformata e travisata”. Di ciò, del resto, si avvede anche l’autore della distinzione di cui nel testo, tanto che in PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande*, cit., 117, ammette che “la nozione di rapporto giuridico non è una categoria formale a priori, valida in assoluto, né l’elemento semplice dell’esperienza giuridica, ma una categoria dogmatica positivamente e storicamente determinata”.

749 Sui profili critici della costruzione riferita – che rappresenta la versione dogmaticamente più elaborata delle cd. teorie delle *distinctiones* – si ritornerà a breve, nel paragrafo seguente.

visto – la diversa disciplina sostanziale che lo caratterizza, nonché una non sempre fedele traduzione delle categorie dogmatiche che si andavano contestualmente importando dalla dottrina tedesca.

In Italia, infatti, la progressiva erosione dell'istituto – secondo la nota teoria restrittiva delle *distinctiones* – si sarebbe espressa nella massima per cui solo solo un'azione reale avrebbe potuto rendere “controversa” la proprietà, perché solo in tal caso il trasferimento di quest'ultima in corso di lite avrebbe fatto perdere la *legitimatio ad causam* alla parte alienante. Di qui, in progresso di tempo, l'asseverazione per cui solo nel caso in cui il “diritto controverso” trasferito in corso di lite fosse coinciso con l'oggetto immediato del giudizio e con la situazione ad esso legittimante si sarebbe potuto dar luogo all'applicazione dell'art. 111 c.p.c.⁷⁵⁰. Ancora, in altri termini, si sarebbe detto che il pregiudizio che l'istituto in esame avrebbe dovuto neutralizzare – e che pertanto ne avrebbe giustificato l'operatività – sarebbe stato quello di prevenire un rigetto della domanda per la sopraggiunta alienazione della *res* controversa⁷⁵¹.

Di qui, la conclusione che l'art. 111 c.p.c. non avrebbe trovato applicazione non solo nelle fattispecie integranti una successione costitutiva, ma anche in tutte le azioni nascenti da un contratto ad effetti reali in cui fosse in discussione in qualunque modo la sua efficacia, allorché in corso di giudizio venisse alienata la proprietà del bene trasferito con il contratto medesimo⁷⁵².

In tali ipotesi, si diceva, il diritto di proprietà del bene trasferito non costituisce l'oggetto immediato del processo, questo semmai essendo costituito dal diritto potestativo fatto valere nelle azioni costitutive tendenti alla demolizione o alla produzione dell'effetto reale avuto di mira dal contratto. Inoltre, si sosteneva, il trasferimento del diritto di proprietà in corso del giudizio non avrebbe fatto venir meno la legittimazione ad agire della parte alienante, potendo il processo proseguire tra le parti originarie senza possibilità di invocare la tutela apprestata dall'art. 111 c.p.c. In ultimo, si aggiungeva, l'inapplicabilità dell'istituto in esame sarebbe stata comprovata dall'impossibilità di dar luogo in tali ipotesi alla estromissione della parte originaria prevista dal 3° comma dell'art.

L'indagine sin qui condotta ha tuttavia dimostrato – si crede – l'infondatezza di molti degli argomenti addotti a sostegno di tale ricostruzione che si cercherà qui brevemente di riassumere.

In primo luogo, la teoria delle *distinctiones* si colloca a valle di una passiva recezione dei più stringenti – e indiscussi – postulati della *Relevanztheorie*, soprattutto in riferimento al dogma della “perdita della *Sachlegitimation*” quale presupposto applicativo dell'istituto in esame. Al contrario, si è invece cercato di dimostrare come la teoria della rilevanza sia fundamentalmente inapplicabile alle fattispecie – come quelle qui in esame – in cui nel

750 Così Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, 2012, 393; di recente la medesima impostazione è stata fatta propria da WIDMANN, *La successione*, cit., 418 s., “va affermata non soltanto l'esatta coincidenza fra il diritto alienato in corso di giudizio e il - corrispondente - diritto controverso, bensì, pure, l'identità dell'uno e dell'altro con l'oggetto del giudizio stesso nonché, infine, con la situazione giuridica fondante (*rectius*: la cui asserita titolarità fonda) la *legitimatio* ordinaria ad causam dell'alienante.

751 In tal senso Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 315 ss.; De Marini, *La successione*, cit., 46 ss.; Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 45 ss.; Id., *Opposizione di terzo*, cit., 132 ss.; Id., sub art. 111, in *Commentario*, cit., 1227; Satta, sub art. 111., cit., 419 ss.; Tommaseo, *L'estromissione di una parte*, cit., 257. Più di recente, per la stessa impostazione, si veda WIDMANN, *La successione*, cit., 412: “presupposto indefettibile affinché l'istituto della successione nel diritto controverso trovi applicazione è, non tanto, il sopraggiungere in corso di causa di un atto di trasferimento (a titolo derivativo) in qualche misura inerente alla pretesa oggetto del giudizio bensì, più precisamente, il sopraggiungere di una fattispecie traslativa tale da dar luogo all'estinzione del diritto in ordine al quale l'attore ha chiesto tutela, e così alla sopravvenuta infondatezza della domanda attorea”

752 Si sarebbe trattato di impugnativa negoziale nonché quelle disciplinate dagli artt. 2652 e 2653 c.c. che non avrebbero più trovato il loro necessario coordinamento con l'art. 111 c.p.c.

fenomeno della successione nel diritto controverso sia coinvolto un diritto autodeterminato⁷⁵³. Ciò che impedisce a monte di poter scorgere nella perdita della legittimazione ad agire – almeno intesa nell’accezione, in cui la intende la dottrina in esame, di mera affermazione della titolarità del diritto controverso – il pregiudizio specifico che l’art. 111 c.p.c. sarebbe volto a neutralizzare. Ma anche a voler prescindere da tale argomento, è la stessa trasposizione della nozione tedesca di *Sachlegitimation* con quella italiana di legittimazione ad agire a non poter trovare accoglimento⁷⁵⁴.

In secondo luogo, sono gli stessi presupposti di diritto sostanziale da cui muove la teoria in esame ad apparire quanto meno discutibili. Essa infatti è costretta a negare ogni incidenza al principio consensualistico e a quello della causalità delle attribuzioni patrimoniali nell’ordinamento italiano, nonché – di fatto – ad equiparare l’azione prevista dall’art. 2033 c.c. alla tedesca *Bereicherungsanspruch*, prospettiva che in termini comparatistici si rivela insostenibile, oltre ad essere apertamente smentita dagli interpreti tedeschi⁷⁵⁵.

In terzo luogo, è la stessa legittimità della categoria dogmatica del “*rapporto avente elementi soggettivi ed oggettivi diversi da quello dedotto in giudizio*” per individuare le fattispecie escluse dall’ambito di operatività dell’art. 111 c.p.c. a destare perplessità. Secondo la dottrina criticata, “la nozione di rapporto giuridico assolve con riferimento al processo, la funzione importantissima di determinare con estrema linearità e semplicità le parti legittimate, cioè i soggetti cui si riferisce l’effetto giuridico oggetto del processo”⁷⁵⁶. Di qui la conseguenza che, in ipotesi di trasferimento costitutivo in corso di causa, inverandosi una successione in un “*rapporto oggettivamente e soggettivamente diverso da quello deciso*”, l’istituto in esame non avrebbe dovuto trovare applicazione⁷⁵⁷. In critica a tale costruzione si è rilevato come essa non sia che il fisiologico riflesso della nozione di legittimazione ad agire impiegata (la titolarità affermata del diritto) sui caratteri di struttura delle situazioni di vantaggio analizzate (quelle relative a diritti reali, che ammettono di per sé la coesistenza di diversi diritti affermati sulla

753 Si è visto, infatti, che il dante causa non può per definizione essere il sostituto processuale in senso tecnico del diritto autodeterminato in capo al successore, potendo questo essere allegato solo in virtù del titolo di acquisto (*la causa petendi*) posto in essere in corso di giudizio.

754 Si è visto infatti come la nozione di *Sachlegitimation*, all’esito del processo di sviluppo storico-concettuale di cui si è cercato di dar conto nel capitolo precedente, avrebbe inteso meramente rendere la nozione di legittimazione sostanziale intesa quale mera titolarità del diritto. Essa non può dunque essere semplicemente tradotta con il concetto italiano di legittimazione ad agire.

755 Si è visto, infatti, come non sia possibile invocare il dato testuale degli artt. 2037 e 2038 c.c. per escludere la configurabilità di una successione nell’obbligo di restituzione quando questo si collochi a valle dell’esperimento di un’azione di impugnativa o di accertamento della nullità di un contratto ad effetti reali. Ciò, infatti, significherebbe disconoscere le conseguenze che nell’ordinamento italiano conseguono all’adozione del principio consensuale e di causalità delle attribuzioni patrimoniali. In realtà non si tratta di forzare il tenore di quelle disposizioni, quanto di riconoscere l’incidenza che la tutela giurisdizionale dei diritti (di accertamento o costitutiva) – in combinazione con la disciplina dell’art. 111 c.p.c. – è in grado esercitare sulla posizione del terzo subacquirente in corso di causa, e cioè in un momento in cui non si sono ancora invertite quelle fattispecie, previste dagli artt. 1415, 1445, 1452 e 1458 c.c., il cui effetto si è visto consistere nel recidere il vincolo di dipendenza tra l’acquisto del terzo e il venir meno dell’atto di disposizione – destinato ad essere altrimenti travolto dalla dissoluzione del vincolo contrattuale – in virtù del quale il proprio autore ha a sua volta acquistato.

756 Così PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 117 s., nonché, ancora in precedenza PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Padova, 1965, 197, secondo il quale – anzi – per la dimostrazione dell’esistenza di tale efficacia riflessa della sentenza si sarebbero rivelati determinanti proprio le norme in materia di trascrizione delle domande giudiziali: cfr. PROTO PISANI, *op. ult. Cit.*, 190 ss.

757 PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Padova, 1965, 148. Tale prospettiva è stata recentemente fatta propria da WIDMANN, *La successione*, cit., 411 s., secondo la quale “il trasferimento nel diritto controverso [...] consiste nel subentro di un soggetto terzo nell’affermata titolarità di quella medesima situazione giuridica soggettiva sulla quale verte il processo in corso, e dunque nella successione di tale soggetto terzo in un rapporto ‘oggettivamente identico’ a quello facente capo alle parti originarie della lite”

medesima *res*). Ed infatti si sono individuate fattispecie, ineranti ipotesi di successione costitutiva su situazioni di vantaggio meramente obbligatorie, a cui corrisponde puntualmente il venir meno della legittimazione ad agire del dante causa (cfr. artt. 1000 e 2803 c.c.)

In quarto luogo, la stessa coerenza interna della costruzione riferita sembra intrinsecamente sorreggersi sulla postulazione di una efficacia riflessa, della sentenza o del giudicato, cui sarebbero sottoposte le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c. Tuttavia, la stessa dottrina che la invoca è poi in profondo disaccordo sul fondamento e sulla sua stessa consistenza di tale efficacia, riconducendola alcuni al medesimo giudicato, altri ad un effetto di accertamento distinto dal primo. Di qui la legittimità del dubbio che una simile efficacia, al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c., in realtà non sussista⁷⁵⁸.

Del resto, gli stessi parametri applicativi dell'art. 111 c.p.c. elaborati dalla teoria riferita e definiti dalla coincidenza tra oggetto del trasferimento, oggetto del processo e della situazione legittimante, si rivelano così stringenti da impedirne l'operatività proprio in costanza di quelle ipotesi, come l'azione di rivendica, che si vorrebbe invece farvi rientrare, fino anzi a farne l'ipotesi principale – se non esclusiva – di applicazione. Infatti, già ad una superficiale lettura dell'art. 948 c.c., risulta evidente che il convenuto in un processo di rivendica non perda la propria legittimazione passiva per effetto del trasferimento della proprietà della *res litigiosa*, e neanche in conseguenza della dismissione del possesso o della detenzione⁷⁵⁹. E' dunque in radice escluso – e già dalle norme di diritto sostanziale – che il pregiudizio da cui l'art. 111 c.p.c. avrebbe inteso tenere indenne la parte estranea alla successione proprio nelle azioni di rivendica sia rappresentato dal venir meno della legittimazione della parte alienante e, di conseguenza, da una sentenza di rigetto della domanda per l'intervenuto trasferimento⁷⁶⁰.

Ancora, non può sfuggire la contraddizione in cui cade la teoria criticata nel momento in cui ritiene che, per tutelare le medesime fattispecie *in thesi* escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c., debba o possa farsi ricorso al rimedio cautelare costituito dal sequestro conservativo (art. 670 c.p.c.), il quale ha come proprio presupposto quel medesimo carattere “controverso” del diritto cautelando che viene invece negato in relazione all'istituto in esame⁷⁶¹.

In ultimo, non può non considerarsi l'inopportunità di postulare la necessaria coincidenza tra oggetto del processo e oggetto del trasferimento. Ciò infatti condurrebbe all'esclusione sistematica delle azioni costitutive dall'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c.,

⁷⁵⁸ Del resto, lo stesso autorevole interprete che, in tempi passati, ha energicamente sostenuto la sussistenza di tale efficacia riflessa ha in tempi recenti ripudiato la sua stessa ricostruzione

⁷⁵⁹ Sulla legittimazione passiva nel processo di rivendica, cfr. tra tutti DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, II, Messina, s.d., 471, nt. 2, secondo cui la legittimazione a stare in giudizio dipende dal fatto che “il convenuto, possessore o detentore, o neghi il diritto di proprietà dell'attore, o pur riconoscendolo si rifiuti di restituire la cosa, senz'averne un diritto di ritenerla”. Si veda inoltre PESCATORE, *sub art. 948, Commentario del codice civile*, III.1, 2^a ed., Torino, 1968, 588 ss., dove si rileva come “agli effetti della legittimazione passiva, basta che il convenuto abbia la detenzione o il possesso della cosa al momento della citazione; se egli abbia cessato la detenzione o il possesso per fatto proprio [...] l'attore può proseguire contro di lui l'azione già iniziata”. In senso analogo la totalità della letteratura civilistica, cfr. FERRERI, *Rivendicazione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 2002, 89 ss., in part. 94 s.

⁷⁶⁰ Anche tale circostanza è frutto di una indebita importazione delle teorie elaborate dalla dottrina tedesca senza un preventivo vaglio

⁷⁶¹ Si veda in proposito PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2012, 613. Il problema è stato di recente fatto oggetto di indagine da parte di CORSINI, *Sequestro giudiziario di beni, trascrizione, possesso di buona fede ed art. 111 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, 875 ss., 893, il quale evidenzia “la manifesta iniquità del risultato cui la teoria delle *distinctiones* conduce, qualora sia applicata ad azioni personali relative a beni mobili; se gli effetti della sentenza non si fanno retroagire al momento della domanda, applicando durante la (purtroppo lunga) durata del processo l'art. 111, 4° comma, c.p.c., si apre un irrimediabile vulnus nel diritto alla tutela giurisdizionale”.

con le quali è per di più dubbio che venga fatta valere in giudizio una situazione sostantiva perfetta e non piuttosto una mera azione. E quand'anche potesse individuarsi un diritto potestativo quale oggetto precipuo di tali controversie, potrebbe quanto meno risultare discutibile che esso sia autonomamente cedibile⁷⁶².

56. La proposta interpretativa che si formula: il “diritto controverso” quale formula sincopata del “diritto reso civilisticamente controverso dalla tutela invocata nel processo”

Nonostante le autorevoli opinioni espresse in senso contrario, l'indagine sin qui condotta induce ad escludere che il diritto controverso ai sensi dell'art. 111 c.p.c. debba necessariamente coincidere con lo specifico oggetto del processo onde dar luogo all'applicazione della disciplina della successione nel diritto controverso. Ne discende che deve trovarsi altro riferimento, diverso dall'immediato oggetto del giudizio, che definisca l'angolo di incidenza dell'atto di trasferimento nel giudizio pendente ai fini della definizione dell'applicazione dell'istituto in esame.

Ciò tuttavia non significa accogliere le tesi tendenti a ravvisare nel diritto controverso una entità eminentemente processuale⁷⁶³; si è visto infatti che il fenomeno del trasferimento dei diritti può concepirsi solo su di un piano materiale⁷⁶⁴. Ciò che del resto induce a convenire con la dottrina che ha rilevato la necessità di ricondurre la nozione di diritto che figura al primo comma dell'art. 111 c.p.c. alla sua vera dimensione di espressione verbale che indica una situazione di preminenza rispetto ad un certo bene⁷⁶⁵; e che l'art. 111 c.p.c. assuma a presupposto della sua applicazione “il sopravvenire di una fattispecie sostanziale astrattamente idonea, per tipo e contenuto a provocare” il trasferimento⁷⁶⁶. Dunque la fattispecie presa in considerazione dai primi due commi dell'art. 111 c.p.c. è una fattispecie che va collocata sicuramente su di un piano sostanziale, e non processuale.

Invero, non può farsi a meno di rilevare come le diverse definizioni che sono state offerte dalla dottrina della nozione di diritto controverso evidenziano un dato costante e comune, e cioè l'imbarazzo in cui da sempre ci si trova nel rinvenire il punto di interferenza tra il fenomeno successorio e quello processuale entro il primo si verifica.

Sembra tuttavia possibile interpretare la nozione di “diritto controverso” in un senso che ne valorizzi, da una parte, la dimensione sostanziale in cui si verifica il suo trasferimento e, dall'altro, la connotazione processuale che le conferisce il carattere “controverso” attribuito al diritto dalla norma in esame. Si è infatti giustamente rilevato come “agire in giudizio non si

762 Ed ancora, pur supposta l'ammissibilità di una autonoma cessione del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, sarebbe in ogni caso contraddittorio ipotizzare la successione in qualcosa destinato immancabilmente a venir meno per effetto del suo esercizio in giudizio.

763

764 Parallelismo della definizione tra Italia (diritto controverso) e Germania (die in Streit befangene Sache e den geltend gemachten Anspruch): nozioni tratte dal diritto sostanziale e ospitate dalla normativa processuale. In entrambi i casi si tratterebbe di circonlocuzioni volte ad individuare tutto ciò che il processo può dare alla parte vittoriosa in base al diritto sostanziale. La contrapposizione tra Sache e Anspruch in Germania si spiega così alla luce della strenua ripartizione del diritto civile tra Schuldrecht e Sachenrecht. Mentre in Italia l'espressione “diritto controverso” rappresenta la forma involuta per “diritto che è reso controverso dalla pendenza del giudizio”.

765 Così LUISO, *Successione nel processo*, cit., 9, richiamandosi a Fazzalari, Note in tema di diritto e processo, Milano, 1957, 86 s.

766 Così FAZZALARI, *Successione nel diritto controverso*, cit., 1386, che ancor più chiaramente prosegue: “l'art. 111 c.p.c. assume e fa propria una fattispecie di diritto civile, a sua volta avente ad oggetto il diritto soggettivo sostanziale; ma prescinde dal se, la vicenda civilistica, del trasferimento di quel diritto abbia attinto oppure no il suo risultato. Potrà anche darsi che niente sia stato trasferito, perché il diritto sostanziale non esiste o perché il dante causa non ne è titolare: ma questo si leggerà alla fine, nell'emananda sentenza; per l'intanto, chi è indicato come acquirente è collocato dall'art. 111 c.p.c. nelle posizioni da esso stabilite”.

concreta puramente e semplicemente nell'affermare il proprio diritto, o nel richiedere la prestazione al debitore. Altrimenti non si riuscirebbe a cogliere la differenza rispetto a quando le medesime attività siano svolte stragiudizialmente. Quando tale affermazione o tale richiesta assumono la veste della domanda giudiziale, vi è dunque un *quid pluris*, che va identificato nella richiesta che, in merito alla situazione sostanziale, venga emessa una pronuncia del giudice. Vi è cioè una richiesta di tutela.”⁷⁶⁷

Ed infatti, da un punto di vista prettamente logico, il diritto controverso è reso tale non dalla sua lesione o dalla violazione stragiudiziale, quanto piuttosto dal fatto che sia chiesta in giudizio una forma di tutela in relazione ad una situazione soggettiva sostanziale⁷⁶⁸.

Anche da un punto di vista semantico-grammaticale, infatti, quella nozione sembra potersi interpretare come la forma involuta e sincopata della locuzione del “diritto che è reso controverso dalla pendenza del processo”, e più in particolare dalla tutela che sarà dispensata al suo esito. Ne discende che l'oggetto sostanziale dell'atto di trasferimento verificatosi in pendenza di lite può anche non coincidere, ma essere dipendente dalla situazione giuridica oggetto specifico del giudizio.

Infatti, se e in quale misura una situazione sostanziale possa dirsi “controversa” potrà dirlo solo il processo, non nel senso che esso debba coincidere geometricamente con lo specifico oggetto dell'accertamento. Un diritto può dirsi ugualmente controverso anche se esso possa risultare coinvolto dalla tutela invocata nel processo in corso in virtù dei nessi di dipendenza sostanziali. Al medesimo tempo, tuttavia, non basta neanche supporre un qualunque forma di acquisto derivativo verificatosi nel corso del processo per indurre a ritenere che l'istituto in esame possa trovare automaticamente applicazione.

Bisognerà piuttosto indagare nelle singole fattispecie quali siano le finalità e lo scopo della tutela invocata in giudizio per determinare se e in quale misura il diritto dipendente trasferito in corso di giudizio sia reso effettivamente controverso dalla pendenza del processo.

All'esito delle considerazioni formulate nel presente paragrafo possono tracciarsi riassuntivamente le seguenti conclusioni. Il diritto controverso a cui fa riferimento l'art. 111 c.p.c. può interpretarsi come il diritto che è reso – da un punto di vista civilistico – controverso dalla pendenza del giudizio e dalla tutela che in esso sarà dispensata. Non v'è motivo che imponga di ritenere che l'oggetto del trasferimento debba coincidere con l'oggetto del processo pendente, potendo piuttosto il primo avere riguardo ad una situazione sostanziale da quest'ultimo dipendente. Per valutare poi se esso sia reso effettivamente controverso – e possa dischiudere le porte all'applicazione dell'art. 111 c.p.c. – dovrà farsi riferimento alla tutela di volta in volta invocata nel processo, imponendosi dunque un approccio casistico.

57. Considerazioni preliminari alla ricostruzione dell'istituto della successione nel diritto controverso come strumento volto ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti

All'indagine casistica delle ipotesi in cui la tutela giurisdizionale invocata nel processo sia idonea a rendere controverso il diritto acquistato in pendenza di giudizio sarà dedicata la

⁷⁶⁷ Così FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino 1996, 97; In senso consonante, per il riconoscimento che la richiesta di tutela costituisca “elemento tipico ed essenziale della domanda giudiziale”, si veda MERLIN, *Compensazione e processo*, II, Milano, 1994, 76.

⁷⁶⁸ Supporre che il diritto controverso, in quanto litigioso, sia “qualcosa di meno del diritto soggettivo perfetto” (così DE MARINI, *La successione*, cit., 46) si rivela prospettiva ermeneutica fallace perché condannata a mancare costantemente il fine precipuo e lo scopo della tutela giurisdizionale dei diritti. In tale definizione sembra in realtà cogliersi una reminiscenza dell'antica dottrina pandettista, che riteneva il diritto sostanziale perfetto subisse, per effetto della sua lesione, una modificazione strutturale trasformandosi in azione. Non sembra del resto un caso che ne sia dato rinvenire la sua prima formulazione in MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 4ª ed., Milano, 1923, 534.

terza sezione del presente capitolo. Quel che ora, invece, preme mettere a fuoco sono le premesse ricostruttive da cui si ritiene di dover muovere nel tentativo di definire il meccanismo dispiegato dall'istituto della successione nel diritto controverso. Tentativo che dovrà rendere conto dei principali risultati a cui si è pervenuti nel corso del presente lavoro.

In primo luogo, la ricostruzione dell'istituto che si proporrà dovrà – almeno in prima battuta – prescindere dai moduli descrittivi tramandati dai postulati propri della *Relevanztheorie*. L'indagine storica⁷⁶⁹ ha infatti dimostrato come la traslazione delle categorie concettuali e dogmatiche compiutasi a cavallo tra XIX e XX secolo – trainata dalla nuova configurazione dei rapporti tra diritto e processo che la dottrina andava operando – avrebbe contribuito a ridisegnare il volto e la collocazione sistematica dell'istituto in esame. Soprattutto, la creazione di nuove categorie dogmatiche si sarebbe riverberata poi anche nel formale avvicendamento tra le chiavi di lettura dell'originaria *Irrelevanztheorie* alla *Relevanztheorie*, resa quest'ultima sicuramente accessibile dalla nuova figura della *Prozessstandschaft*. Tale svolta, già in Germania, si sarebbe dovuta accompagnare a tutta una serie di corollari applicativi, ad iniziare dalla riduzione dell'ambito operativo dell'istituto – escluso ogni qual volta il dante causa non potesse assumere le vesti del sostituto processuale del successore – fino all'imposizione sull'attore dell'onere di modificare della domanda, pena il rigetto della stessa, a seguito del trasferimento del diritto controverso.

Si tratta di tematiche su cui si è preso posizione, tentando di suggerire una interpretazione differenziata dell'istituto della successione nel diritto controverso modulata sulla natura delle situazioni di vantaggio coinvolte nel fenomeno indagato.

Si è accennato, inoltre, come – a seguito di tale complessiva evoluzione – la vulgata avrebbe iniziato a intravedere il fulcro del meccanismo operativo del § 265 ZPO nella nozione della “perdita della *Sachlegitimation*” determinata dal trasferimento del diritto controverso. Si trattava, dunque, di una regola postuma rispetto alla originaria formulazione del § 236 CPO, ricavata in via di pura osservazione empirica – sulla base dell'*id quod plerumque accidit* – sulla scorta del diritto sostanziale applicato in Germania⁷⁷⁰.

In riferimento invece alla *Sachlegitimation*, è cercato di evidenziare come si tratti di una nozione che stentava a trovare un significato propriamente processuale e che, in progresso di tempo, si sarebbe ridotto a designare la mera titolarità del diritto. Anche la sua elaborazione e il significato che essa avrebbe dovuto assumere nel più specifico contesto della letteratura sul § 265 ZPO avrebbe dovuto risentire delle peculiarità proprie dell'ordinamento tedesco⁷⁷¹.

769 Nel capitolo precedente (sezione I) si è cercato di collocare l'evoluzione della disciplina della successione nel diritto controverso nel contesto sistematico e dogmatico che la contornava dal suo primo sorgere fino agli sviluppi successivi alla sua positiva codificazione nel § 265 ZPO. Occorre segnalare in proposito come il periodo storico a cui si è fatto prevalentemente riferimento copre un periodo che va dalla prima metà del XIX secolo fino ai primi due decenni del XX secolo: a partire da tale momento, infatti, la disciplina del § 265 ZPO risulterà sostanzialmente avviata a proseguire sui binari già in precedenza tracciati. In particolare si è evidenziato in quella sede come la traslazione delle categorie concettuali e dogmatiche di riferimento compiutasi in quel torno di tempo – e trainata dalla nuova configurazione dei rapporti tra diritto e processo che la dottrina andava operando – avrebbe contribuito a ridisegnare il volto e la collocazione sistematica dell'istituto in esame per alcuni versi in modo irreversibile. In relazione ai successivi risvolti della disciplina, può farsi invece riferimento a quanto già riferito nel primo capitolo del presente lavoro, in particolare ai par.

770 Non può dunque apparire un mistero che la dottrina tedesca, nel definire il regime interno dell'istituto della successione nel diritto controverso e le condizioni della sua stessa applicabilità, avrebbe attinto a piene mani al diritto sostanziale di cui si faceva quotidiana applicazione, ovviamente, in Germania.

771 Essa si sarebbe limitata ad evidenziare un dato tendenziale – secondo quanto poc'anzi detto – delle forme e degli strumenti di tutela predisposti dal diritto materiale tedesco e, in particolare, del ruolo residuale nel diritto patrimoniale tedesco – settore nel quale più di ogni altro è dato registrare l'inversarsi di un fenomeno di successione nel diritto controverso – della tutela costitutiva.

In secondo luogo, la proposta interpretativa che si formulerà dovrà mettere capo ad una ricostruzione astrattamente capace di coordinarsi con ogni forma di azione e di tutela giurisdizionale che possa essere richiesta nel corso di un giudizio.

Si è infatti visto come la regolamentazione positiva della *Veraeusserung der Streitbefangenen Sache* in Germania ha avuto la sua originaria formulazione legislativa in Germania sotto una concezione dogmatica che non distingueva diritto sostanziale e diritto processuale. Per effetto di tale impostazione, inoltre, non sarebbe stata percepita alcuna distinzione tra diritto sostanziale e le diverse forme di tutela dello stesso (in specie di accertamento e costitutiva), ma tutte sarebbero state ricondotte al comune paradigma rappresentato dall'azione di condanna.

Da ciò discende come la stessa struttura dell'istituto in esame in Germania dovesse essere calibrata esattamente su tale forma di tutela, come del resto dimostra inequivocabilmente l'appendice esecutiva codificata al § 727 ZPO⁷⁷². Tale "vizio" di conformazione originario dell'istituto è stato fatto proprio dal legislatore italiano, che guardava al § 265 come al modello a cui ispirarsi nella regolamentazione della materia. Non appare del resto un caso che, proprio in relazione ai processi di accertamento e a quelli costitutivi, il § 265 ZPO e l'art. 111 c.p.c. abbiano prestato il fianco a difficoltà applicative di diversa guisa, prima fra tutte quella relativa all'individuazione dell'entità in cui si sarebbe dovuta inverare la successione per ritenere operativo l'istituto⁷⁷³.

Ebbene, ai fini del presente lavoro, non può non trovare adeguata considerazione la circostanza che l'ordinamento tedesco preveda e centellini le singole fattispecie di tutela costitutiva in misura assai più sporadica di quanto non faccia il diritto privato italiano. Tale forma di tutela è di fatto assente nella materia del classico diritto patrimoniale (contratti, obbligazioni e diritti reali), mentre risulta relegata al diritto di famiglia e in materia di diritto commerciale, in fattispecie in cui risulta anche solo difficilmente immaginabile un'ipotesi di successione nella *streitbefangene Sache* e nella *geltend gemachter Anspruch*.

Di qui la carenza di interesse manifestata dalla dottrina tedesca, in generale, ad analizzare il funzionamento dell'istituto in esame in relazione alla tutela costitutiva e, più nello specifico, ad enucleare una nozione di *Sachlegitimation* che si attagliasse anche a quest'ultima.

Tutto ciò, tuttavia, non ha comunque impedito in tempi più recenti alla stessa dottrina tedesca e alla giurisprudenza – come si vedrà in seguito – di piegare finanche la lettera del § 265 ZPO al fine di ricomprendervi fattispecie che ben difficilmente sarebbero rientrate nelle stringenti maglie che la letteratura le aveva cucito addosso.

In terzo luogo, nel proporre una coerente ricostruzione sistematica dell'istituto in esame, dovrà cercarsi di evitare semplicistiche trasposizioni concettuali delle categorie dogmatiche elaborate in riferimento all'istituto disciplinato dall'ordinamento tedesco. Ciò che si è visto invece rappresentare l'atteggiamento comune a molti interpreti italiani, guidati dalla illusione che bastasse una traduzione letterale dei concetti elaborati in Germania nel linguaggio tecnico italiano per rendere ragione del meccanismo operativo interno dell'art. 111 c.p.c. Esemplificativo in tal senso è la traduzione della nozione tedesca di *Sachlegitimation* con quella

⁷⁷² In senso conform DIENTSTUEHLER, *Die prozessualer Wirkungsweise*, cit., 93, secondo il quale "*die als zusammenhaengendes System zu begreifende Nachfolgerung der ZPO fuer die Einzelrechtsnachfolge in den §§ 265 f., 325, 727 ff. auf die Behandlung von Leistungsklagen ausgerichtet ist. Das insoweit in den §§ 325, 727 ff. bereitgestellte 'Transmissionsgefuege' hilft dementsprechend bei Feststellungs- und Gestaltungsklagen nicht weiter*". In generale, sulla possibilità di applicazione del § 265 ZPO in Germania anche alle azioni di accertamento e costitutive, si veda TEMPEL, *Die Wirkungen einer Rechtsnachfolge waehrend der Rechtsaengigkeit auf Verfahren, Urteil und Vollstreckung*, 1954, 63.

⁷⁷³ E' bene tuttavia precisare come la successiva individuazione dell'autonomia e della diversità delle forme di tutela non avrebbe comunque rappresentato un ostacolo insormontabile per l'adattamento dell'istituto ad operare anche in riferimento alla tutela di accertamento e a quella costitutiva.

italiana della legittimazione ad agire, effettuata senza indagare preventivamente il significato che la letteratura tedesca vi riconduceva.

A tutto ciò si aggiunga inoltre che anche in Italia si sia assistito, a partire dai primi decenni del XX secolo, ad un fenomeno di rimodulazione dei rapporti tra diritto e processo all'insegna dell'autonomia e astrazione di quest'ultimo rispetto al primo. Qui, tuttavia, il perno di tale sviluppo avrebbe ruotato attorno al concetto di azione, inizialmente vista dalla più risalente dottrina come un aspetto del diritto sostanziale nella sua proiezione nel processo⁷⁷⁴, di lì riconosciutone – dal Chiovenda – il carattere autonomo rispetto al diritto sostanziale a cui pur si ricollega⁷⁷⁵, e infine da quest'ultimo progressivamente svincolata in via di astrazione⁷⁷⁶.

I risultati acquisiti dalla dottrina italiana in tale direzione si mostrano difficilmente reversibili, soprattutto in riferimento all'acquisita consapevolezza del dualismo, intrinseco all'ordinamento, tra diritto soggettivo sostanziale e potere di azione⁷⁷⁷. In relazione a quest'ultima restano invece aperte le interpretazioni almeno per quanto concerne la sua definizione e natura, il grado di astrazione rispetto alla situazione giuridica sostantiva fatta valere in giudizio, nonché in riferimento alla possibilità di adottare diverse concezioni dell'azione nella misura in cui consentano di qualificare la condizione di legittima aspettativa della parte ad un provvedimento di un certo contenuto e, contestualmente, il dovere decisorio del giudice chiamato a pronunciarsi.

Quanto all'oggetto del processo la dottrina italiana – rifiutate ricostruzioni che avrebbero voluto importare dalla Germania la nozione di pretesa giuridica⁷⁷⁸ – ha continuato saldamente ad individuarlo nella situazione giuridica sostanziale, seppure in stato di pura affermazione, per la quale l'attore chiede tutela⁷⁷⁹. Tale stringente collegamento con il diritto

774 Filomusi Guelfi, Gianturco, Fadda e Bensa, Coviello, Pescatore, Mattiolo e ancora Redentisulla scia delle analoghe posizioni adottate nelle ultime fasi della pandettistica tedesca Savigny, Puchta e Arndts

775 Come ampiamente noto, è stato Chiovenda “in Italia il primo ed il più tenace assertore dell'autonomia dell'azione”, il quale tuttavia “non indulse mai alle cosiddette teorie astratte formulate intorno ad essa, considerandola egli invece come un diritto potestativo spettante di fronte all'avversario al soggetto che ha ragione, e cioè all'effettivo titolare del diritto in contestazione. La concezione del diritto concreto di azione”. Così, icasticamente, MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, 196 s

776 Sul tema generale del diritto o potere di azione in Italia, oltre alle opere già citate nelle note precedenti, si vedano Furno, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Appendice, Firenze, 1942, 303 ss.; Denti, *Azione*, I) Diritto processuale civile, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988; Fazzalari, *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *Dig. Disc. Priv.*, II, Torino, 1988, 30 ss.

777 Per la diversa ricostruzione monistica dell'ordinamento, si veda Satta, *Diritto processuale civile*, cit., 8 ss., 105 ss.; Id., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Disposizioni generali, Milano, 1966, 16 ss., 38 ss.; Id., *Commentario al codice di procedura civile*, III, Processo di esecuzione, Milano, 1966, 34 ss.; Id., *La dottrina del diritto processuale civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, 703 ss.

778 Si veda ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*, Padova, 1932, 171 ss., secondo cui l'oggetto del giudizio sarebbe costituito dalla pretesa giuridica, cioè dall'affermazione di “possedere un diritto subiettivo, e di esigere dagli organi dello Stato l'applicazione di quelle norme, previste dal diritto obiettivo che regolano e garantiscono il godimento e l'attuazione di tale diritto subiettivo”. Per la constatazione secondo cui “il diverso dato positivo e il tradizionale orientamento degli studi italiani ha consentito di giudicare infruttuosa, quando non addirittura fuorviante e frutto di superfetazione concettuale, un'importazione della pretesa processuale quale essenziale connotato dell'oggetto del giudizio”, si v. Consolo, *Il cumulo*, 184, in nota.

779 I riferimenti bibliografici in questa sede possono limitarsi all'essenziale: Betti, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 69 s.; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*. I. Le tutele, Torino, 2014, 20 s.; Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 124 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 112 ss.; Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 358 ss.; Montesano, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 15 ss.; Proto Pisani, *Note in tema di nullità dell'atto di citazione e di effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, 655 ss.

sostanziale peraltro non viene meno⁷⁸⁰ neanche nella prospettiva di quanti propongono di arricchire di contenuto l'oggetto del processo attraverso l'inclusione in esso di un elemento prettamente processuale costituito dalla "richiesta di emissione di un provvedimento avente un determinato contenuto (c.d. *petitum* immediato)"⁷⁸¹, ovvero dal "diritto alla tutela giurisdizionale"⁷⁸²; quel che – in una parola – è stato indicato come azione concreta.

Tale ultima prospettiva si rileva di particolare interesse non solo, in generale, nell'ottica di una ricostruzione armonica delle diverse forme di tutela giurisdizionale dei diritti⁷⁸³, ma anche – nello specifico – al fine di fornire una impalcatura concettuale coerente per l'analisi del fenomeno della successione nel diritto controverso.

58. La successione nella tutela (*Rechtsschutzgesuch*) che verrà apprestata in riferimento al diritto reso controverso: successione nell'azione concreta del dante causa e garanzia del diritto di azione concreta della controparte

Sotto il primo e più generale profilo, la proposta di evidenziare un momento intrinsecamente processuale immancabile nell'oggetto di ogni tipo di giudizio, pur nella varietà delle forme assunte nel concretizzarsi dell'ordinamento, permette di valorizzare il contenuto e la destinazione specifica della attività giurisdizionale e di commisurarla al grado di effettività necessaria – nell'espletamento del compito ad essa attribuito di impartire la tutela giuridica richiesta anche in relazione alla natura delle situazioni di vantaggio lese⁷⁸⁴

In riferimento specifico all'istituto della successione nel diritto controverso la ricostruzione prospettata si dimostra feconda di implicazioni soprattutto in relazione alla collocazione sistematica di tale istituto.

780 A tale conclusione perviene anche D'Alessandro, L'oggetto, cit., 27

781 In tal senso Motto, Poteri sostanziali, cit., 445

782 Fornaciari, Presupposti processuali, cit., 93 ss., in part. 125

783 In tempi recenti, il rinnovato interesse per il concetto di azione concreta è sorto in prima battuta in riferimento alla individuazione della situazione giuridica fatta valere con le azioni costitutive. Un orientamento dottrinario, sorto trasversale che ritiene di potervi individuare un potere sostanziale di modificazione giuridica a necessario esercizio giudiziale (nella dottrina tedesca si parla di *Gestaltungsklagerecht* in contrapposizione ai *Gestaltungsrechte*, poteri formativi sostanziali). Si tratta di un orientamento trasversale, sostenuto sia nella dottrina tedesca che in quella italiana: si vedano tra tutti: Chioveida, Principi, cit. 42; Menchini, I limiti, cit., 168 ss.; Ferri, Profili dell'accertamento costitutivo, Padova, 1970, 39, 212 s.; Hellwig, Lehrbuch, cit., I, 232 s., 237, 393 s.; Boetticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht*, in *Festschrift fuer Doelle*, Tuebingen, 1963, 41 ss.; Hemlreich, *Das Selbsthilfeverbot des franzoesischen Rechts und sein Einfluss auf Gestaltungs- und Gestaltungsklagerecht*, Berlin, 1967, 30 ss.; Schlosser, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966, 29 ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 608; Nikisch, *Zivilprozessrecht*, cit., 154; Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, cit., 224; Lakkis si è fatta strada l'idea – una volta ammesso che l'effetto modificativo si verifichi per effetto della sentenza – che la situazione giuridica di cui è titolare l'attore vada più propriamente qualificata come un potere processuale alla modificazione giuridica da esercitarsi nei confronti dello Stato. "Potere processuale che, allora, può correttamente essere identificato con il potere di azione (concreta) costitutiva" In tal senso, da ultimo, Motto, Poteri sostanziali, cit., 274 s. Una volta ammessa la legittimità del concetto di azione concreta, nulla impedisce di intravederne la rilevanza anche nei processi di accertamento e di condanna seppure con diversa sfumatura ed intensità. Così di recente Motto, Poteri sostanziali, cit., 456 ss. Cfr. altresì Fornaciari, Presupposti processuali, 100 ss., 143, il quale riconduce il rapporto tra azione concreta e diritto soggettivo ad un nesso di pregiudizialità in senso logico, costituendo la prima estrinsecazione o componente del secondo.

784 Abatangelo, sub art. 2907, in Consolo, Codice di procedura civile, Milano, 2013, 89: "Il riconoscimento di un unitario diritto astratto di azione per la tutela giurisdizionale delle varie e variegate posizioni sostanziali non manca di porre problemi, in particolare quello di garantire che l'attribuzione normativa di diritti sostanziali non stenti poi a concretarsi in rimedi processuali effettivamente corrispondenti al loro contenuto, sì da preservare appieno la funzione del processo di strumento idoneo a far conseguire al titolare della posizione soggettiva lesa 'tutto e proprio quello' che gli spetta in base al diritto sostanziale". Sul punto si veda anche Proto Pisani, Appunti preliminari sul rapporto fra diritto sostanziale e processo, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1978, 1 ss., 29 ss.

Pacifico che la successione nel diritto sia da collocare su di un piano prettamente sostanziale⁷⁸⁵, e che il processo prosegua formalmente invariato nonostante l'avvenuto trasferimento, non può tuttavia negarsi come l'istituto in esame implichi sempre e comunque un fenomeno ben più ampio e articolato che non il mero trasferimento di una posizione giuridica sostanziale, che rappresenta solo la sua componente più visibile e appariscente.

Non sembra infatti potersi dubitare – a meno di non voler cadere in un irragionevole e ingiustificato preconetto – che l'art. 111 c.p.c. possa e debba trovare applicazione per ogni forma di tutela e di azione che venga in concreto invocata in giudizio in riferimento al diritto che sia reso in tal modo controverso⁷⁸⁶. Così al ricorrere del presupposto del trasferimento di quest'ultimo si rende manifesto il dato caratteristico e costante del fenomeno indagato: accanto alla successione nella situazione sostanziale si verifica sempre e comunque una successione anche nella *tutela giurisdizionale* invocata (*Rechtsschutzgesuch*⁷⁸⁷).

Invero, l'autonoma rilevanza di quest'ultima – quale componente processuale dell'oggetto del giudizio – è spesso adombrata dalla circostanza che generalmente i presupposti per l'emanazione da parte del giudice del provvedimento destinato ad impartire la tutela giurisdizionale richiesti coincidono con l'esistenza della situazione sostanziale fatta valere. Esistono tuttavia una serie innumerevoli di ipotesi in cui per l'emissione della invocata tutela sono necessari ulteriori presupposti che non ineriscono direttamente la *res in iudicium deducta*, ma a diverse condizioni processuali per l'emanazione del concreto provvedimento. Tali sono, quanto meno, l'azione di mero accertamento, di accertamento negativo, quella di condanna in futuro nonché in generale le domande cautelari e quelle costitutive, nelle quali la concessione della tutela giuridica è condizionata al ricorrere di ulteriori requisiti, generalmente integrati da un interesse ad agire fornito alla parte, rispettivamente, dalla altrui contestazione giuridica, dal timore di un futuro inadempimento ovvero da un *periculum in mora*.

Peraltro, la rilevanza autonoma dalla forma di tutela giuridica raggiunge il suo culmine proprio nelle azioni costitutive, per le quali è contestato che possa ravvisarsi una situazione

785 A In sintesi: la proposta interpretativa formulata, in realtà, ha il più limitato scopo di valorizzare le più recenti posizioni dottrinarie espresse in materia di individuazione dell'oggetto del giudizio in relazione all'interpretazione dell'art. 111 c.p.c.

786 Invero nella dottrina tedesca non sono state mosse obiezioni di principio in relazione all'applicabilità del § 265 ZPO a tutte le forme di tutela conosciute dall'ordinamento. In particolare – dando per scontata la sua applicabilità alle azioni di condanna che, come si è visto, avrebbero anzi costituito il modello di tutela giurisdizionale dei diritti tenuto presente dal legislatore storico tedesco – l'operatività dell'istituto della successione nel diritto controverso alle azioni di accertamento e, soprattutto, costitutive è espressamente riconosciuta da DIENSTUEHLER, *Die prozessualer Wirkungsweise*, cit., 93; TEMPEL, *Die Wirkungen einer Rechtsnachfolge*, cit., 63; ROTH, § 265, in STEIN/JONAS, *Kommentar*, cit., 416. Ma anche al di là delle affermazioni di principio, la letteratura tedesca – seguita dalla giurisprudenza – è concorde nel ricomprendere nella casistica relativa all'ambito di applicazione del § 265 ZPO anche alcuni esempi di azioni costitutive quali, ad esempio, quella prevista dal § 771 ZPO; le azioni di impugnativa di delibere di GmbH e SA; le impugnative di delibere condominiali. Il ché appare significativo data l'estrema scarsità delle fattispecie in cui il legislatore tedesco ha fatto ricorso alla tutela costitutiva (almeno rispetto a quello italiano) e, tra esse, di quelle in cui appare configurabile una successione nel diritto controverso (è più che evidente che nel processo di divorzio esso non potrà avere luogo). Per quanto riguarda la letteratura italiana il discorso è reso assai più complesso dall'aspro dibattito relativo all'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c. Può tuttavia in generale dirsi che anche l'orientamento maggiormente restrittivo non si è mai espresso nel senso di intravedere una incompatibilità di fondo tra la tutela costitutiva e la successione nel diritto controverso; sul punto – per quanto dubitativamente – si veda PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 124 ss. Non può convincere invece l'argomentazione di WIDMANN, *La successione*, cit., 421, nt. 37, che dalla qualificazione dell'azione costitutiva quale azione mera, sembrerebbe dedurne la radicale incompatibilità con l'art. 111 c.p.c.: si avrebbe in tal modo il caso, veramente singolare, di una serie indefinita di controversie che non rendono controverso nulla.

787 Sulla possibilità di impiegare tale nozione dogmatica anche nell'ordinamento tedesco si veda JAEURNIG, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, cit., 156, il quale distingue tra domanda di merito (*Sachantrag*) e richiesta di tutela giuridica (*Rechtsschutzgesuch*): con quest'ultima, secondo l'autore, l'attore fissa l'obiettivo generale del processo, mentre con la domanda di merito definisce una linea di confine all'interno della sua richiesta di tutela.

sostantiva a monte – il diritto potestativo ad esercizio giudiziale – all'accertamento della cui sussistenza il giudice sarebbe poi chiamato ad operare con la sentenza il mutamento giuridico richiesto; ovvero se non risulti, come sembra, preferibile parlare in tutte tali ipotesi di un mero potere processuale che si dà alla parte nella forma di una azione concreta⁷⁸⁸.

Al contrario, il fatto che in alcune ipotesi – che si riducono poi alle azioni di condanna⁷⁸⁹, le quali si è visto costituire la forma di azione su cui era calibrata originariamente l'operatività del § 265 ZPO – non sia dato scorgere, almeno apparentemente, un'autonoma operatività della tutela giurisdizionale richiesta, non significa negare ad essa ogni rilevanza. Piuttosto deve riconoscersi che in tali fattispecie quest'ultima viene a coincidere con l'accertata esistenza della diritto sostanziale fatto valere in stato di insoddisfazione al cui ricorrere il giudice sarà chiamato ad emettere il provvedimento richiesto⁷⁹⁰.

Dunque, la successione in una posizione giuridica sostanziale in via derivativa da una delle parti processuali – seppure costituisce la fattispecie tipica che innesca l'operatività dell'istituto in esame – non basta a definire nella sua complessità il fenomeno disciplinato dall'art. 111 c.p.c.

A prescindere dalle molteplici variabili che potranno nel concreto verificarsi nel proseguo del giudizio, sempre e comunque l'avente causa in corso di lite si troverà investito – almeno in potenza, suo malgrado e forse anche a sua insaputa – di tutte quelle facoltà, poteri ed oneri che la citata norma menziona nonché ovviamente, in prospettiva futura, dagli effetti della emananda sentenza⁷⁹¹. Ed è questa modificazione della sfera giuridica processuale del successore a costituire l'essenza più intima del fenomeno indagato.

Non è chi non veda, dunque, come la successione nel diritto controverso si risolva costantemente in qualcosa di più che non nel mero e semplice trasferimento di un diritto sostanziale. Quest'ultimo, piuttosto, determina un più intimo coinvolgimento nelle dinamiche del processo pendente dell'avente causa, il quale seppure non subentra direttamente nel processo, vede comunque arricchirsi la propria sfera giuridica soggettiva in senso prettamente processuale. Si tratta dunque di definire in cosa consista tale modificazione processuale della sfera giuridica del successore, in cui si è visto consistere l'essenza più intima del fenomeno indagato.

Ora, l'aver concettualmente scorporato una componente processuale dotata di autonoma (seppur variabile⁷⁹²) rilevanza dall'oggetto di ogni possibile giudizio potenzialmente interessato da un fenomeno di successione nel diritto controverso, consente – se non si va errati – di

788 In tale ultimo senso MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 274; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv.*, VII, Torino, 1991, 83 s.; Id., *Oggetto del giudizio e principi dispositivo*, I, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1991, 215 ss., in part., 251 ss. Di qui il difetto di prospettiva da cui muove la tesi tendente a ravvisare il presupposto per l'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nella necessaria e geometrica coincidenza tra situazione sostanziale oggetto, rispettivamente, del trasferimento e del giudizio pendente. Invero, se tali requisiti, costituenti i presupposti per l'emissione della tutela giurisdizionale richiesta, entrano a comporre – accanto alla posizione sostanziale fatta valere – l'oggetto del processo dei relativi giudizi, seguendo quella ricostruzione potrebbe arriversi a sostenere che in tali ipotesi passate in rassegna l'istituto in esame non possa trovare applicazione perché non è dato ravvisare detta coincidenza. Ciò che del resto sembra certo per le azioni costitutive, per le quali in primo luogo è dubbio che riesca a ravvisarsi una situazione sostanziale fatta valere (il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale) che possa inoltre costituire oggetto di autonoma cessione. Ma quand'anche ciò avvenisse, non sfugge come – in ossequio a quella ricostruzione – si sarebbe costretti a circoscrivere l'operatività dell'art. 111 c.p.c. alle ipotesi di trasferimento di una posizione giuridica destinata fatalmente ad estinguersi o consumarsi per effetto del suo esercizio.

789 Cfr. sul punto MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 456.

790 Così anche MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 457. Il punto, in verità, potrebbe essere contestato, dal momento che anche la tutela di condanna esibisce elementi che fanno percepire l'operatività

791 In questo limitato sens può pertanto accogliersi Pi

792 L'azione concreta ha autonomia massima nelle sentenza costitutive, media in quelle di accertamento e di condanna in futuro, minima nelle mere condanne a relative a un credito insoddisfatto

identificare in essa, almeno in prima battuta, l'entità processuale con cui il successore lite pendente immancabilmente viene in contatto. Questa è, appunto, l'azione in senso concreto, la tutela richiesta da o nei confronti del proprio autore, nella quale l'avente causa è coinvolto per effetto del suo acquisto, pur nella formale indifferenza del rapporto giuridico processuale⁷⁹³.

Con azione concreta, ai fini della presente ricerca, si intende più limitatamente indicare la componente processuale dell'oggetto del processo⁷⁹⁴, che è dato sempre rinvenire a prescindere dal tipo e dalla forma di tutela richiesta e che rappresenta il dato costante in cui l'avente causa lite pendente viene automaticamente coinvolto, a prescindere dal fatto ch'egli poi intervenga nel processo e faccia uso attivamente dei suoi poteri e delle sue facoltà.

Si tratta dunque di una nozione che si distingue e può convivere con l'azione in senso semi-astratto, intesa come potere formale di ottenere nel proprio e diretto interesse un provvedimento di merito, a cui restano ricollegati quei poteri processuali (anche eventualmente del successore, una volta che questi intervenga o sia chiamato in giudizio) nel loro concreto esercizio.

La nozione di azione concreta può, in definitiva, intendersi come *la tutela giurisdizionale che sarà dispensata* dallo Stato-giudice all'esito del processo *alla parte che ha ragione*, e che potrà risultare pertanto alternativamente favorevole sia all'attore (con l'emissione del richiesto provvedimento di accoglimento nel merito) che al convenuto (a seguito di rigetto, sempre nel merito)⁷⁹⁵. La nozione così delineata sembra attagliarsi al fenomeno della successione nel diritto controverso, a prescindere dal fatto che il trasferimento sia stato operato dall'attore ovvero dal convenuto. Inoltre, l'opzione ricostruttiva prescelta appare in grado di conciliarsi con l'operatività sia della teoria della rilevanza che della irrilevanza⁷⁹⁶.

In tale ottica il meccanismo delineato dall'art. 111 c.p.c. sembra potersi interpretare come un fenomeno di successione dell'avente causa nell'azione concreta del proprio dante causa (art. 111, 1° e 2° comma) e, contestualmente, nella diretta soggezione all'azione concreta (la tutela che sarà dispensata al termine del processo) esercitata dalla controparte (art. 111, 4° comma, c.p.c.).

Tutto ciò restando ancora impregiudicate le ipotesi in cui un trasferimento del diritto controverso potrà poi in concreto ravvisarsi, indagine a cui dovrà dedicarsi uno studio casistico.

793 L'opzione interpretativa proposta – se non ci si inganna – sembra molto avvicinarsi al sistema elaborato da Chiovenda il quale, distinto il diritto sostanziale dall'azione ma mantenuto tra le due nozioni una stretta seppur variabile connessione, avrebbe ancora sentito l'esigenza di distinguere nettamente *la sua azione concreta* dal processo inteso come autonomo rapporto giuridico: Chiovenda, Principi, cit., 91: "Altro è dunque l'azione, altro il rapporto processuale; quella spetta alla parte che ha ragione, questo è fonte di diritti per tutte le parti". Ed infatti l'insigne maestro, trattando dei criteri di identificazione della domanda giudiziale e fissata nell'identità dei soggetti il suo primo elemento di individuazione, annotava come "il mutamento della persona fisica come soggetto dell'azione, non ha per conseguenza che il diritto tratti l'azione come diversa; vi può essere *successione nell'azione* così a titolo universale come particolare". Così Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, I, 2ª ed., Napoli, 1957, 307. Dal sistema dell'insigne maestro tuttavia la presente ricostruzione, che si vuole qui precisare, si distacca sensibilmente, se non altro per un più recisa e netta separazione con la posizione giuridica sostanziale.

794

795 E' lo stesso CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio legitimationis*, cit., 273, ad inquadrare la successione nel diritto controverso nel gruppo di norme che "riguardano l'azione ed il rapporto sostanziale dedotto in lite, o, in altri termini, tutelano l'interesse del litigante in quanto ha ragione", osservando che la disciplina "possa talvolta essere invocata anche dal convenuto vincitore"

796 Tale ricostruzione ha il pregio di isolare, attraverso una pura e semplice operazione concettuale, il dato costante del fenomeno processuale indagato, a prescindere dalla tutela richiesta nel caso specifico. In questo senso, l'adozione per tutte le forme di tutela di una comune nozione di azione concreta per definire la posizione della parte che ha ragione all'interno del processo, consentirà di definire una base uniforme onde valutare per ciascuna di esse le condizioni in virtù delle quali possa nel concreto ravvisarsi un'ipotesi di "successione nel diritto controverso"

59. La legittimazione ad agire nelle dinamiche applicative della successione nel diritto controverso

Si sarà raggiunta ormai piena consapevolezza di come la storia della letteratura in materia di successione nel diritto controverso risulti legata a doppio filo con la latitudine e la comprensione data – nelle diverse epoche e dai diversi autori – alla nozione di *Sachlegitimation* e della legittimazione ad agire. E possono, forse, imputarsi alle oscillazioni e al contrasto di interpretazioni intorno a queste ultime, le ragioni delle tanto e diverse ricostruzioni fiorite dell'istituto in esame.

Era infatti inevitabile che la rivoluzione che si stava compiendo dei rapporti tra diritto e processo a cavallo tra XIX e XX secolo in Germania – e di lì a poco in Italia – dovesse necessariamente coinvolgere i criteri di selezione della giusta parte nel processo. In questo contesto si collocano i tentativi variamente intrapresi ad inizio secolo di conferire alla *Sachlegitimation* una comprensione prettamente processuale⁷⁹⁷ che avrebbe voluto far perno sulla riconosciuta autonomia del diritto di azione e sulle diverse forme di tutela che l'ordinamento dispensava, a mano a mano che se ne fossero individuati i profili e i contorni distintivi⁷⁹⁸.

Quei tentativi in Germania si sarebbero appuntati tuttavia, almeno in riferimento alla materia *de qua*, alle sole forme di azione che in base alle caratteristiche strutturali di quell'ordinamento avrebbero potuto determinare una successione nel diritto controverso: dunque, prevalentemente le azioni di condanna e di mero accertamento⁷⁹⁹. Quei tentativi sarebbero comunque rimasti incompiuti in conseguenza della consapevole scelta di relegare la nozione *Sachlegitimation* a designare un criterio di collegamento, di carattere prettamente sostanziale, tra la parte e il bene controverso.

Di tutta questa esperienza sarebbe sopravvissuta solo la vulgata che avrebbe inteso considerare controversa la '*Sache*' – secondo i dettami della *Relevanztheorie* – solo nelle ipotesi in cui a seguito del trasferimento del diritto controverso si fosse prodotta una perdita della *Sachlegitimation*. E' a questa tradizione che avrebbe attinto a piene mani una parte della letteratura italiana che si stava formando sotto l'attuale codice, ritenendo che bastasse tradurre la nozione tedesca con quella italiana di legittimazione ad agire per rendere ragione del meccanismo sotteso all'art. 111 c.p.c. e dedurne conseguenze – che si sarebbe voluto – cogenti sul suo ambito di applicazione⁸⁰⁰.

Ferma tuttavia la denuncia per una – quanto meno – superficiale trasposizione, è appena il caso di rilevare come quest'ultima – se pure poteva trovare apparente coerenza in un sistematica che, sotto l'autorità del Chiovenda, ancora intendeva la legittimazione come l'effettiva titolarità del diritto controverso⁸⁰¹ – si sarebbe tuttavia rivelata del tutto fuor di contesto in conseguenza dei successivi sviluppi in Italia della dottrina dell'azione. Infatti, rifiutata di quest'ultima la concezione concreta⁸⁰² e ricondotta la legittimazione a mero presupposto processuale adempiuto dalla formale ascrizione della titolarità del diritto

797 Si rimanda sul punto i parr. 24 e 25. Eckard Meister e Lux

798 Tutela di mero accertamento e costitutiva

799 Eckard Meister

800

801 De Marini; Satta; Ruffini

802 E' appena il caso di rilevare la distanza della nozione più sopra proposta di azione concreta – in cui si è identificato il fulcro del meccanismo predisposto dall'art. 111 c.p.c. – rispetto alla azione concreta chiovendiana. La ricostruzione proposta si limita infatti a suggerire di considerare come immanente nell'oggetto del giudizio una componente processuale a cui si è conferita – in omaggio ad una autorevole tradizione ripresa dalla dottrina più recente – la qualifica di azione in senso concreto.

controverso⁸⁰³, ad entrare in crisi sarebbe stata la stessa possibilità di intravedere tra le pieghe dell'art. 111 c.p.c. una norma volta a neutralizzare il sopraggiunto difetto di legittimazione della parte processuale che avesse dato luogo al trasferimento⁸⁰⁴.

E', dunque, la pura cronistoria della letteratura formatasi *in subjecta materia* a dimostrare l'iperbole disegnata dalla tralatizia reiterazione di un insegnamento (la perdita della *Sachlegitimation*, appunto) che sembra aver ormai smarrito il suo originario fondamento. Ciò che si sarebbe tradotto, per la narrazione delle dinamiche operative dell'istituto in esame, in una impercettibile lente deformante celata nella traslazione delle categorie concettuali che si stava compiendo in quel torno di tempo, nonché da una approssimativa traduzione di quelle che si andavano importando dalla Germania.

Di qui, l'interrogativo se non ci si debba piuttosto rassegnare ad ogni tentativo di conferire sistematica unità e coesione ad un istituto che si teme destinato a vivere nel concreto dell'esperienza giurisprudenziale, limitandosi il ruolo della dottrina a censurare le più critiche asperità applicative.

Che possa non esser così, e che anzi sia proprio un certo modo di intendere la nozione della legittimazione ad agire a restituire intrinseca coerenza all'istituto indagato, è quanto si cercherà qui di dimostrare.

In effetti, l'interpretazione tendente ad associare l'istituto in esame con quelli, rispettivamente, della *Sachlegitimation* e della legittimazione ad agire – per quanto abbia ricevuto il contrassegno tipico impressogli dalla *Relevanztheorie*⁸⁰⁵ – sembra intuire un fondo di verità. Il problema, in realtà, non sembra tanto risiedere nella diversa lettura del § 265 ZPO e dell'art. 111 c.p.c., quanto nel significato di base da assumere di quelle controverse nozioni.

Ed invero sembra quantomeno discutibile che le nozioni di *Sachlegitimation* e di legittimazione ad agire elaborate – rispettivamente – dalla dottrina tedesca e da parte di quella italiana possano vantare una effettiva pregnanza e fecondità di significato. La prima di esse è di fatto ridotta a pleonastico sinonimo della titolarità del diritto (*Rechtszustaendigkeit*) e sembra pertanto del tutto inconferente per il diritto processuale civile⁸⁰⁶. La seconda, invece, appare costruita su di un puro caso di scuola⁸⁰⁷: quello di chi promuova un giudizio dichiarando apertamente di agire per un diritto di cui non si è titolari. Entrambe comunque incapaci di offrire una definizione normativa suscettibile di applicazioni pratiche.

Per quanto si è più sopra visto, può invece rivelarsi proficuo prendere le mosse proprio dalla nozione della *Sachlegitimation* coniata per la prima volta in Germania dal Lux, che avrebbe voluto definirla sulla base dei compiti e degli scopi affidati alla tutela giurisdizionale dei diritti⁸⁰⁸.

803 Può ricordarsi al proposito la vivace polemica consumatasi in dottrina intorno agli anni '50: BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 763 ss.; CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, 121 s.; ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, *Giur. it.*, 1953, I, 1, 961 ss., nonché in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 195 ss.; SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 169 ss.; ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1955, 122 ss.; CARNELUTTI, *La legge regolatrice della legittimazione processuale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, 36 ss.; MICHELI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Dir. Proc.* 1960, 565 ss.; SATTA, *Variazioni sulla legittimazione ad causam*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1967, 400 ss.

804 Luiso; Widmann; Proto Pisani

805 Su cui è appena il caso di evidenziare che non si è ancora presa posizione

806 LUX, *Die Notwendigkeit*, cit., 30

807 In tal senso Satta, Commentario al codice di procedura civile, I, Milano, 1959, 355. Si vedano inoltre Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 315; Costantino, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur.*,

808 Si rimanda in proposito al par. 24: LUX, *Die Notwendigkeit*, cit., 30: "Jeder Prozess – genauer: der Rechtsschutzakt, welcher von der betrieibenden Partei erstrebt wird – hat eine bestimmte Aufgabe zu erfullen. Damit

Tale acquisizione di base si rivela di particolare interesse, e non solo per la materia qui trattata. In primo luogo essa rappresenta una definizione sperimentata ed affidabile in entrambi gli ordinamenti: in Germania – pur non essendosi in ultimo affermata – non ha incontrato obiezioni di principio⁸⁰⁹. Al contrario, in Italia, ha conosciuto fecondi sviluppi da parte di autorevole dottrina che indica quale criterio univoco della legittimazione ad agire gli effetti del provvedimento di merito richiesto dalle parti⁸¹⁰.

In secondo luogo, con riferimento specifico alla materia *de qua*, essa permette di sopperire al deficit più volte rilevato nella teorizzazione del funzionamento dell'istituto in esame, per cui dalla nozione di *Sachlegitimation* ritenuta rilevante ai fini dell'applicazione del § 265 ZPO sarebbero di fatto risultate escluse proprio le azioni costitutive, per la loro totale carenza nell'ambito di quel settore dell'ordinamento (il classico diritto patrimoniale) in cui più di ogni altro è dato registrare l'inverarsi del trasferimento di diritti litigiosi⁸¹¹. In tale ottica si è anzi autorevolmente evidenziato come il criterio di legittimazione definito dagli effetti della emananda sentenza sia l'unico capace di dar conto delle peculiarità dei processi a contenuto costitutivo. Invero, un metro di legittimazione che si appuntasse sulla situazione sostanziale pregressa (sulla *causa petendi*), destinata fatalmente a modificarsi se non persino ad estinguersi per effetto del provvedimento, fallirebbe il suo scopo e compito essenziale: di definire la direzione soggettiva della invocata tutela⁸¹².

er sie erfüllen kann, muessen die Parteien in einer gewissen Beziehung zur Sache stehen [...] Die zur Sache legitimierten Personen sind also die 'rechten' Parteien, und folglich auch nur unter ihnen zu einem Erfolge führen kann"

809 Si veda al riguardo HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, III, Leipzig, 1909, 119, nt. 1, il quale – commentando la proposta del Lux e di “anderen Autoren” di indicare con *Sachlegitimation* la “*Beziehung der Partei zur Sache*”, eccepiva unicamente come tale definizione non risolvesse del tutto il problema, ma semmai ponesse a sua volta il problema di definire cosa si intendesse con essa (“*damit ueber die Art jener Beziehung nichts gesagt ist*”). In senso adesivo Andrioli

810 Si vedano sul punto REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 250 ss.; SEGNI, *L'intervento adesivo*, Roma, 1929, 152 ss.; FAZZALARI, *Processo civile (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 118 ss., in part. 157 ss.: “La legittimazione ad agire si determina, alla stregua di qualsiasi processo, sul metro del provvedimento cui esso mira, cioè contemplando, in ipotesi e a futura memoria, quella che dovrebb'essere la ‘misura giurisdizionale’”; ID., *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 30 ss., in part. 33; COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1990; ID., Contributo allo studio

811 a

812 FAZZALARI, *Processo civile, cit.*, 159; ID., *Azione civile, cit.*, 34. Peraltro si è anche rilevato come in tal modo si supererebbe l'impasse in cui vengono a incorrere quelle costruzioni teoriche che postulano l'esistenza di un diritto potestativo e del suo accertamento nei processi costitutivi (MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 508 ss., in part. 516 ss.)

Del resto, le critiche fraposte in dottrina a tale modo di intendere la legittimazione ad agire non sembrano affatto dirimenti⁸¹³; mentre la stessa risulta fatta propria dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione⁸¹⁴

60. Inquadramento sistematico dell'art. 111 c.p.c. nell'ambito della nozione di legittimazione ad agire adottata: deroga al litisconsorzio necessario

Questi e altri motivi inducono a tener fermo il principio, soprattutto in riferimento all'ordinamento italiano, per cui i soggetti legittimati ad assumere la veste di "parte" nel processo sono i destinatari degli effetti del provvedimento di merito, funzionalmente rivolto a dispensare la tutela invocata in giudizio. Ed è su tale parametro che – si ritiene – andrebbe commisurata anche la *ratio* immanente all'istituto della successione nel diritto controverso.

In tal modo si perviene – se non ci si inganna – a rendere ragione delle ben più ampie facoltà, prerogative e poteri che l'art. 111 c.p.c. concede al successore lite pendente rispetto all'omologo § 265 ZPO, indipendentemente dall'accoglimento della teoria della rilevanza ovvero della irrilevanza. In altri termini, il legislatore ha fatto mostra di voler concedere all'avente causa i poteri propri della "parte" (finanche il potere di impugnare la sentenza) dal momento che – a partire dal momento del trasferimento del diritto litigioso – quest'ultimo è comunque coinvolto, almeno in potenza, nell'azione concreta a monte esercitata e nella tutela giurisdizionale che ad essa si ricollega. E, dal momento che la sentenza – per assolvere al compito al quale è destinata – è tenuta a dispiegare efficacia anche nei suoi confronti, questi è legittimato a compiere tutte quelle attività proprie della parte che sarebbe stato legittimato a compiere se la domanda fosse stata sin dall'inizio proposta anche nei suoi confronti.

Di qui la conferma dell'assunto secondo cui il baricentro sistematico dell'art. 111 c.p.c. non è tanto rappresentato dall'oggetto specifico dell'accertamento che sarà contenuto nella sentenza; quanto dalla tutela che quest'ultima dispensa.

Del resto, non può non conferirsi adeguata rilevanza anche alla collocazione sistematica e topografica in cui è inserito l'art. 111 c.p.c. Questo infatti non si trova tra le norme che si

813 Sul punto si veda ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Nvss. Dig.*, IX, Torino, 1963, 721 ss.; nonché, ID., *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ.*, X, Torino, 1993, 524 ss., in part. 525, ove si critica tale nozione di legittimazione ad agire in considerazione del fatto che essa non sarebbe idonea a ricomprendere "quei casi [di legittimazione straordinaria, n.d.a.] in cui è consentito ad un terzo agire di agire rispetto ad un rapporto giuridico altrui". Ebbene, non può non rilevarsi come l'obiezione provi troppo, dal momento che anche il criterio di legittimazione che l'A. le contrappone – quello costituito dall'affermata titolarità del diritto dedotto in giudizio verso il convenuto – non si attaglia alle fattispecie di legittimazione straordinaria, tant'è che lo stesso A. ne tratta come di un criterio meramente "normale". Ancora, GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 144 ss., obietta "che un concetto di legittimazione desunto dagli effetti del provvedimento domandato non può trovare costante applicazione nell'ambito del processo di esecuzione forzata; infatti, ad es., gli effetti del provvedimento giurisdizionale che attua la vendita forzata di un bene del debitore escusso non incidono (almeno direttamente) la sfera giuridica del creditore esecutante". Non è tuttavia chi non veda come la critica e l'esempio che se ne è tratto non colgano affatto nel segno, se non a patto di voler esaurire l'intero processo esecutivo nella sola attività della vendita forzata dei beni del debitore, quando è più che evidente che lo scopo per il quale il primo è predisposto è di far conseguire al creditore quanto gli è dovuto (così del resto anche l'art. 2910 c.c.). In senso analogo FAZZALARI, *Azione civile*, cit., 34, "anche la situazione che legittima l'actio esecutiva [...] s'identifica, nel suo assetto più comprensivo, con l'atto finale satisfattivo (ordinanza di distribuzione del ricavato; di assegnazione; immissione in possesso, ecc.) al quale il creditore tende, e cioè con gli effetti sostantivi che tale atto è, in ipotesi, destinato a svolgere nel patrimonio del creditore e in quello del debitore". Non è del resto un caso che l'art. 498 c.p.c. imponga di avvertire i creditore che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante dai pubblici registri, cioè proprio di quei soggetti sulle cui posizioni la misura espropriativa sarà comunque chiamata ad incidere per effetto della purgazione del bene (cfr. sempre FAZZALARI, *Azione civile*, cit., 37).

814 Tra le tante, accolgono il criterio della destinazione degli effetti della pronuncia per la determinazione della legittimazione ad agire: Cass., Sez. Unite, 9 febbraio 2012, n. 1912; Cass. civ. Sez. lavoro, 08/08/2012, n. 14243; Cass. civ. Sez. Unite, 13/02/2012, n. 1978; Cass. civ. Sez. III, 18/11/2005, n. 24457; Cass. civ. Sez. II, 27-10-1995, n. 11190 (Cass. n. 6160 del 2000; Cass. n. 11284 del 2010)

occupano dell'individuazione della situazione sostantiva fatta valere, la *res in iudicium deducta* (artt. 34, 163 nn. 3 e 4, 164, 167 e 183 c.p.c.), come invece accade in Germania dove il § 265 ZPO è collocato immediatamente a ridosso delle norme che disciplinano il contenuto della domanda giudiziale (§ 253 ZPO), la sua modifica (§ 264 ZPO) nonché la domanda di accertamento incidentale (§ 256 ZPO)

Piuttosto esso ha sede proprio nell'ambito di quel titolo IV del primo libro del codice di procedura civile dedicato "all'esercizio dell'azione" e alla tutela giurisdizionale che essa ha di mira, insieme a tutte le altre norme che regolano e disciplinano – così come l'art. 111 c.p.c. – la legittimazione ad agire e a contraddire (art. 102 c.p.c.) e a intervenire (artt. 105, 106, 107 c.p.c.) in un processo in cui stia per essere dispensata una qualche tutela in relazione a un diritto controverso.

Di qui, la centrale acquisizione per cui l'art. 111 c.p.c. può continuare ad essere letto come una norma in materia di legittimazione, purché con essa ci si riferisca – non tanto alla titolarità affermata del diritto controverso, quanto – alla destinazione soggettiva degli effetti della sentenza (art. 111, 4° comma, c.p.c.) sulla cui base è conferita (in via potenziale) quella serie di facoltà, poteri ed oneri, in una parola, la legittimazione a contraddire in relazione ad una determinata tutela che sia stata invocata per una data situazione sostanziale.

Si è già detto che, nel contesto della presente ricerca, l'unica prospettiva che consenta di dare significato concreto a tale controversa nozione è quella che muove dall'individuazione degli effetti del processo e della sentenza⁸¹⁵. Legittimati ad agire nell'accezione qui accolta, in ossequio ad una autorevole tradizione che ha mosso i primi passi in Germania ed è stata importata con successo in Italia, devono definirsi i soggetti destinatari degli effetti (diretti) della sentenza⁸¹⁶.

Ed è questa, del resto, la sola definizione che lasci ancora intravedere, tra le pieghe dell'istituto della successione nel diritto controverso, una disciplina speciale in materia di legittimazione ad agire volta a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Acquisita infatti a monte una nozione di legittimazione ad agire sensibile alla destinazione ed agli scopi della tutela giurisdizionale dei diritti (piuttosto che al dato prettamente formale dell'iscrizione di titolarità del rapporto controverso), non si intravede alcuna difficoltà nel ricondurre ad essa – ed alla utilità che il processo vorrebbe assicurare – la funzione immanente di tutela impressa all'art. 111 c.p.c.

Quest'ultimo dal canto suo, in adesione non meramente formale al principio fondamentale del contraddittorio, farebbe mostra di considerare legittimi contraddittori in un procedimento inciso da una vicenda di successione nel diritto controverso, tutti quei soggetti nei cui confronti l'emananda sentenza è destinata a produrre effetti (diretti), onde dispensare l'invocata tutela⁸¹⁷. Laddove tale risultato non possa essere conseguito entro le ristrette maglie della sostituzione processuale, ad essere frustrata non può certo essere la legittima aspettativa di

815 Par.

816 LUX, *Die Notwendigkeit*, cit., 30; Redenti; Segni, Fazzalari; Costantino

817 Non può convenirsi con l'argomentazione di PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 152, il quale – nel giustificare l'inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. alle ipotesi di successione costitutiva con l'argomento del mancato difetto di legittimazione ad agire del dante causa – afferma: "anche ove la successione fosse già intervenuta prima dell'inizio del processo, egli [la parte che costituisce in corso di causa un diritto reale minore, n.d.a] sarebbe stato egualmente il solo ed unico legittimato a condurre il giudizio sul diritto cd. base". E' evidente infatti che non si tratta tanto di valutare chi sia legittimato a contraddire e difendersi "sul diritto cd. base", ma dei soggetti legittimati ad agire e contraddire in giudizio a fronte della postulazione di quella determinata tutela invocata. Laddove infatti la successione costitutiva fosse avvenuta prima dell'inizio del processo, è logico ritenere che la parte attrice, volendo ottenere *quella* medesima tutela (ad esempio, agendo in rivendica, la restituzione della cosa su cui il futuro convenuto ha costituito un diritto reale minore), avrebbe con cognizione di causa rivolto la propria domanda sia contro il dante causa che contro il successore. Ed è proprio dal rischio derivante da un simile pregiudizio venutosi a verificare in corso di causa che l'art. 111 c.p.c. pone una necessaria disciplina di tutela.

tutela di chi la postula, quanto semmai la narrativa accolta dei meccanismi interni di funzionamento dell'istituto considerato⁸¹⁸.

Con ciò, tuttavia, non si è ancora portato a termine il compito prefissato di dare una consona collocazione sistematica all'istituto in esame. A tal fine, una fondamentale indicazione può trarsi dall'aver individuato la nozione di legittimazione ad agire che si ritiene rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 111 c.p.c. e definita sulla base della destinazione soggettiva degli effetti della sentenza necessaria ad impartire la tutela giurisdizionale invocata.

Ora, è noto come la dottrina cui va il merito di aver elaborato tale nozione di legittimazione ad agire fosse partita, nelle sue riflessioni, dall'istituto del litisconsorzio necessario, sia nell'ordinamento tedesco⁸¹⁹ che in quello italiano, quando ancora quest'ultimo non aveva ricevuto consacrazione legislativa nell'art. 102 c.p.c.⁸²⁰

Ed è proprio tale accostamento con il litisconsorzio necessario – sotto il profilo della legittimazione ad agire, di cui costituisce positiva espressione – che contribuisce a fornire un'utile indicazione in riferimento alla collocazione sistematica dell'istituto della successione nel diritto controverso.

L'accostamento profilato – è bene confessarlo – non ha in sé alcunché di originale, ma rappresenta solo la prima (a quanto consta) tematizzazione di un'intuizione che sembra affiorare quasi inconsapevolmente in dottrina, senza mai tuttavia arrivare ad essere affermata *ex professo*.

Già il Pavanini – sotto la vigenza del codice del 1865 – riteneva che la disciplina della successione nel diritto controverso (ed in particolare, l'efficacia della sentenza nei confronti del successore) fosse giustificata dalla necessità di assicurare alle parti un provvedimento che non fosse *inutiliter datus*⁸²¹.

In Germania, una risalente e autorevole tradizione manualistica, nell'individuare in negativo la casistica delle diverse fattispecie che danno luogo a litisconsorzio necessario nell'ordinamento tedesco, prende in considerazione come prima ipotesi proprio quella della successione nel diritto controverso, seppure al solo fine di escludere che la stessa possa configurare un litisconsorzio necessario in quanto rinverrebbe un'autonoma disciplina nei §§ 265 e 325 ZPO⁸²².

818 Proprio quest'ultima considerazione funzionale costituisce l'argomento dirimente – se ancora non fossero bastati quelli dianzi enucleati – a sostegno della necessità di accogliere della disciplina indagata il regime differenziato che si è proposto, incardinato sull'alternativa tra *Relevanz-* e *Irrelevanztheorie* a seconda delle esigenze di tutela e degli elementi di struttura delle situazioni soggettive di vantaggio. Emblematiche in tal senso si dimostrano le ipotesi di successione costitutiva in pendenza di un processo, e la diversa incidenza che la diffusa nozione di legittimazione ad agire quale mera titolarità del diritto controverso esercita a seconda della natura, reale o obbligatoria, della situazione sostanziale coinvolta nella successione nel diritto controverso.

819 LUX, *Die Notwendigkeit*, cit., 30

820 Sembra necessario al riguardo rimandare agli studi di REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911; in seguito COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979. Si veda in particolare anche ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 1ª ed., Napoli, 1941, 252 ss., il quale – all'indomani della promulgazione del nuovo codice di rito – scriveva in relazione in relazione all'art. 102 c.p.c.: “Questa norma non tanto regola il litisconsorzio necessario, quanto la legittimazione ad agire [...] ne segue inoltre che la legittimazione [...] non è la identità fra chi propone la domanda e il titolare dell'azione, ma dà luogo a un problema ben più complesso, consistente in ciò che, una volta che esso sia risolto, si sa quali sono le persone nei confronti delle quali la sentenza deve essere emanata affinché produca gli effetti di cui è capace”. Ancora: ANDRIOLI, *Alcune osservazioni sul processo avanti il tribunale delle prede*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1941, II, 290 ss.: “La nozione di legittimazione propugnata da Redenti e da Segni, se poteva essere discussa sulla base del codice tuttavia vigente, apparisce ormai recepita dal nuovo codice”.

821 PAVANINI, *Appunti sugli effetti della successione nelle pretese per atto tra vivi durante il processo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1932, II, 137 ss.

822 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., 245; ARENS, *Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Muenchen, 1984, 226; LUEKE, *Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., Muenchen, 2006, 426;

Ancora, di recente, si è potuto qualificare l'intervento dispiegato in giudizio dal successore nel diritto controverso come quello di un litisconsorte necessario pretermesso⁸²³.

In ultimo, è noto come una parte autorevole della dottrina italiana abbia enucleato, nell'ambito della generale figura della legittimazione straordinaria, un più ristretto numero di ipotesi – tra cui rientrerebbe l'istituto ora in esame –, definite di sostituzione processuale in senso proprio, e che si segnalerebbero proprio per il fatto di costituire un'eccezione alla regola del contraddittorio necessario⁸²⁴.

L'idea di fondo è che gli artt. 102 e 111 c.p.c. costituirebbero espressione di un medesimo principio generale: la legittimazione ad agire appunto ovvero – come si esprime la giurisprudenza – un requisito posto a fondamento dell'*utilità della sentenza*. Tale principio, tuttavia, verrebbe declinato dal legislatore attraverso diverse e antitetiche tecniche processuali, icasticamente rappresentate dai due istituti del litisconsorzio necessario e dell'estensione della cosa giudicata⁸²⁵ che si è visto contrassegnare l'istituto della successione nel diritto controverso.

In questo preciso senso si sarebbe indotti a concludere che l'istituto della successione nel diritto controverso possa essere inteso come una deroga eccezionale al principio del litisconsorzio necessario⁸²⁶. La prospettiva in tal modo dischiusa in riferimento alla collocazione sistematica dell'art. 111 c.p.c. potrebbe rivelarsi foriera di ulteriori ricadute applicative sulla concreta disciplina dell'istituto che, allo stato tuttavia, non si sarebbe compiutamente in grado di definire⁸²⁷.

Sezione III: Casistica

Si è visto come sulla base dello scarno dettato legislativo costituito dall'art. 111 c.p.c. non sembra possibile definire una volta per tutte e a priori l'ambito di applicazione dell'istituto in esame.

Infatti anche la nozione di “diritto reso civilisticamente controverso dalla pendenza del giudizio” con cui si è tentato di sciogliere la formula del “diritto controverso” che campeggia al primo comma dell'art. 111 c.p.c. non deve essere intesa come una categoria dogmatica rigida e

823 WIDMANN, *La successione*, cit., 160: “La figura tipica di intervento che l'art. 111 come III ricorda più da vicino è – pare – l'ingresso in causa del litisconsorte necessario pretermesso”

824 FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1970, 827 ss., CECHELLA, *Sostituzione (dir. Proc. Civ.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1979, 160 ss.

825 E' riconducibile all'autorità dell'Allorio l'insegnamento per cui litisconsorzio necessario ed estensione della cosa giudicata rappresentano tecniche processuali convergenti nel loro scopo seppure divergenti nel mezzo per raggiungerlo. Sul punto ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 282: “litisconsorzio necessario e allargamento della cosa giudicata sono istituti affini e concorrenti. Loro scopo comune è questo: ottenere un conforme regolamento di rapporti giuridici strettamente connessi, dei quali un regolamento difforme sarebbe da deprecare. [...] i due istituti, se tendono a identico fine, vi tendono per vie diverse; esiste, anzi, un legame d'alternatività e di reciproca esclusione fra litisconsorzio necessario e allargamento della cosa giudicata. In presenza d'una ipotesi di stretta e inscindibile connessione fra rapporti giuridici, il diritto ha precisamente la scelta: imporre che sieno congiuntamente dedotti in giudizio; oppure consentire che si dibatta isolatamente sovra uno solo dei rapporti, fra i suoi due soggetti: rimanendo allora ben fermo che il giudicato tra costoro sia norma anche per i rapporti degli altri”

826 Che tale sia anche la percezione, quantomeno intuitiva, che sembra averne la giurisprudenza è dimostrato dalla recente sentenza del T.A.R. Campania, 29 luglio 2010, n. 17156, secondo la quale “la ratio dell'istituto dell'art. 111 c.p.c., è di conservare l'originaria configurazione del litisconsorzio, attraverso la neutralizzazione rispetto al processo di vicende traslative del diritto controverso successive all'instaurazione della lite. Si tratta, dunque, di un principio generale che, con chiaro favore per le parti del processo non interessate dalla vicenda traslativa, tende a non aggravarne lo svolgimento, *scongiurando quella che, in via logica, avrebbe dovuto risolversi*, a prescindere dalla liberazione ed estromissione dal giudizio del cedente-alienante, *in un'integrazione del contraddittorio in favore dei soggetti nuovi titolari della 'res controversa'”*

827 Ad esempio, in materia di efficacia della confessione giudiziale resa dall'avente causa, potrebbe ritenersi applicabile la diversa disciplina dettata dal 3° comma dell'art. 2733 c.c. per il litisconsorzio necessario ai sensi del quale “la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzata dal giudice”.

formale. Che un diritto possa dirsi controverso dipenderà infatti dagli scopi e dalla funzione della tutela invocata e che verrà dispensata al termine del processo nel corso del quale si verifica la vicenda successoria.

Di qui l'opportunità di intraprendere un esame casistico⁸²⁸ delle diverse fattispecie che, nella letteratura italiana e tedesca, hanno dato luogo a contrasti di opinione in ordine all'applicabilità, rispettivamente, del § 265 ZPO e dell'art. 111 c.p.c.

61. Successione costitutiva in pendenza di giudizio: in particolare l'ipotesi del pegno di crediti

Dalla ricostruzione storica compiuta è emerso con evidenza come le ipotesi della successione costitutiva abbiano rappresentato – sia nella letteratura tedesca che in quella italiana – uno degli snodi problematici principali relativo all'ambito applicativo del § 265 ZPO e dell'art. 111 c.p.c. e, se si vuole, la visibile controprova dell'accanimento dogmatico che ha interessato l'istituto della successione nel diritto controverso. Si ricorderà, inoltre, come dall'esame delle fattispecie riconducibili alla successione costitutiva si è tratto un argomento dirimente per evidenziare la diversa incidenza che i postulati propri della Relevanztheorie, fondati sulla nozione di perdita della Sachlegitimation, avrebbero esercitato sulle situazioni di vantaggio coinvolte nel fenomeno indagato a seconda che le stesse avessero natura obbligatoria ovvero reale.

Per quanto concerne queste ultime (si pensi alle ipotesi in cui, in pendenza di una azione di rivendica o di accertamento della proprietà, il convenuto costituisca sul bene rivendicato un diritto reale minore – usufrutto, servitù, ovvero un diritto di pegno – a favore di un terzo soggetto), in base al restrittivo orientamento secondo cui il § 265 ZPO avrebbe dovuto trovare applicazione solo nel caso in cui il trasferimento in corso di causa avesse determinato la perdita della legittimazione ad agire di una delle parti processuali, in tali ipotesi non si sarebbe mai potuta dare applicazione alla disciplina della Veraussetzung der Streitsache. Infatti, si constatava come nonostante l'inverarsi di un fenomeno successorio, tuttavia le originarie parti processuali continuavano ad essere legittimate (*sachlegitimiert*, e non meramente *prozessfuehrungsbefugt*) a proseguire il giudizio in quanto ancora formalmente titolari del diritto in relazione al quale si controverteva nel processo⁸²⁹.

Questione discussa a latere sarebbe stata poi quella dell'eventuale vincolo da riconoscere nei confronti dell'acquirente del diritto reale minore in riferimento alla sentenza emessa all'esito del processo condotto dal dante causa.

Secondo un'autorevole ma – a quanto consta – isolata opinione⁸³⁰ tale sentenza sarebbe stata in ogni caso inopponibile al successore. Si sosteneva, infatti, che nel § 325 ZPO fossero stati codificati due distinti principi: da una parte l'estensione dell'efficacia della sentenza al

⁸²⁸ La necessità di un approccio casistico è sottolineata da FAZZALARI, *Successione nel diritto controverso*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1384 ss., 1390, secondo cui “la relazione de qua agitur va indagata e accertata caso per caso”.

⁸²⁹ Tale orientamento poteva dirsi dominante verso la fine degli anni '40 (al riguardo, si vedano le fonti citate da BETTERMANN, *Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft*, Hamburg, 1949, 66, accreditate come “herrschende Lehre”) e ancora diffuso sul fine degli anni '60 del secolo scorso (in questo senso GRUNSKY, *Die Veraussetzung der streitbefangenen Sache*, Tuebingen, 1968, 34). Da ultimo tale posizione per la successione costitutiva è stata sostenuta in Germania da CALAVROS, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritten*, Bielefeld, 1978, 62.

⁸³⁰ In tal senso BETTERMANN, *Die Vollstreckung*, cit., 61 ss., 65, che sviluppa alcune originariamente riconducibili a Hellwig, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, Neudruck, Aalen, 1967, 129, 163. Il punto di partenza delle riflessioni del citato A. è sempre costituito dal rilievo del diverso ambito di applicazione di § 265 e § 325 ZPO. Quest'ultimo, infatti, pone al centro del meccanismo di estensione dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza il fenomeno successorio consistente nell'acquisto derivativo. (Erwerb in Abhängigkeit von der Rechtsstellung [...] des Vorgängers: BETTERMANN, *Die Vollstreckung*, op. cit., 63)

successore in corso di causa nei limiti in cui si fosse potuto dare applicazione al § 265 ZPO, da cui sarebbero comunque state escluse le ipotesi di successione costitutiva. Dall'altra, l'estensione degli effetti della sentenza in forza di qualunque acquisto derivativo costitutivo avvenuto *post litem*.

Si sarebbe trattato di due fenomeni di estensione soggettiva dell'efficacia della sentenza di qualità profondamente diversa. Il primo avrebbe fatto perno sulla fattispecie schiettamente processuale delineata dal § 265 ZPO, ed avrebbe avuto come fondamento la legittimazione straordinaria a proseguire il giudizio eccezionalmente conferita al dante causa; mentre il secondo si sarebbe basato sulla fattispecie, prettamente sostanziale, dell'avvenuta successione civilistica⁸³¹.

Preme tuttavia ancora una volta ricordare come le conclusioni in tal modo raggiunte contrastano con quello che verosimilmente era il disegno originario del legislatore codificato della *Civilprozessordnung*. E' emerso, infatti, che l'intenzione dei conditores dell'originario meccanismo disciplinato dal § 236 CPO fosse quello di escludere la rilevanza del fenomeno successorio verificatasi nel corso del giudizio e di postergarne gli effetti in un momento immediatamente successivo al giudicato. Ne sarebbe derivato che qualunque fenomeno successorio – derivativo ovvero costitutivo che fosse – sarebbe stato considerato come compiuto solo in un momento successivo alla formazione del giudicato, in modo tale che qualunque successore sarebbe rimasto vincolato agli effetti della sentenza emessa contro il proprio autore.

Tale conclusione del resto sarebbe imposta anche da un'argomentazione *ad absurdum*, che si radica nelle convinzioni diffuse all'epoca della codificazione unitaria tedesca. Era infatti opinione unanime quella per cui il primo comma del § 236 CPO (e del successivo § 265 ZPO) avrebbe inteso definitivamente abrogare il divieto romanistico di alienazione della res litigiosa. Ebbene, sarebbe stato impensabile ritenere che con tale disposizione si fosse inteso rendere lecita la piena e completa alienabilità della *res litigiosa* e non invece la possibilità di costituirvi un diritto reale parziale⁸³².

Non sorprende quindi che la dottrina maggioritaria abbia ritenuto che le fattispecie di successione costitutiva – ancorché escluse dall'ambito di applicazione del § 265 ZPO – rientrassero tuttavia in quello del § 325 ZPO, di talché si è potuto sostenere che anche l'acquirente di una situazione sostanziale dipendente – ancorché ricompresa – da quella oggetto del processo fosse vincolato dalla sentenza emessa contro il suo autore dopo la successione stessa ma a conclusione di un processo precedentemente iniziato⁸³³.

La posizione oggi assunta dalla dottrina tedesca pressochè unanime è radicalmente mutata. Si ritiene infatti comunemente che le ipotesi in esame di successione costitutiva diano sempre e in ogni caso luogo all'applicazione del § 265⁸³⁴

831 Ne sarebbe disceso che anche il referente temporale entro cui la successione costitutiva si sarebbe dovuta verificare per dar luogo all'estensione degli effetti della sentenza sarebbe stato diverso: nel primo caso sarebbe bastata una successione – nei limiti in cui questa avesse determinato il venir meno della legittimazione ad agire di una delle parti – verificatasi dopo a litispendenza; nel secondo una qualunque forma di successione verificatasi tuttavia solo dopo il referente temporale del giudicato. BETTERMANN, *Die Vollstreckung*, cit., 70

832 Per tale considerazione si veda Grunsky, *Die Veraeusserung der streitbefangenen Sache*, Tuebingen, 1868, 33

833 Tale posizione è stata assunta da Hofmann, *Ueber das Wesen und die subjektive Grenzen der Rechtskraft*, 1929, 55; Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin/Goettingen/Heidelberg, 1963, 235, 485; nonché da CALAVROS, *Urteilswirkungen*, 62.

834 Anche la più recente dottrina tedesca si pronuncia per l'applicabilità del § 265 ZPO alle ipotesi in cui ad essere trasferito (*rectius*: costituito) in corso di giudizio sia una posizione giuridica sostanziale minore ma ricompresa in quella oggetto di giudizio. Sul punto si v. in particolare, SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation im Zivilprozess*, Koeln/Berlin/Bonn/Muenchen, 1987, 68 s.: "Einigkeit besteht auch darueber, dass die Einraeumung

In Italia, il dibattito in dottrina⁸³⁵ ha per certi versi emulato quello già svoltosi in Germania, con la sola differenza che qui si sarebbe postulata una efficacia riflessa che – in virtù dei nessi di dipendenza tra rapporti giuridici – avrebbe vincolato il successore in corso di causa. Della difficoltà tuttavia di rinvenire il fondamento positivo di tale efficacia riflessa si è tuttavia già detto e non sembra opportuno ritornarvi.

Si è tuttavia già evidenziato come la tesi restrittiva dell'ambito di applicazione del § 265 ZPO in relazione alla successione costitutiva non faccia altro che evidenziare quello che è il mero riflesso della nozione di legittimazione ad agire comunemente assunta a base della cd. Relevanztheorie sulle situazioni di vantaggio di carattere reale. Infatti, in ipotesi di costituzione di pegno e di usufrutto sul credito, la perdita della legittimazione ad agire del concedente discende pianamente dal chiaro dettato degli artt. 1000 e 2803 c.c.⁸³⁶

Ma anche in mancanza di tali disposizioni alla stessa soluzione dovrebbe pervenirsi in un'ottica sistematica: dal momento che il credito – e più in generale ogni obbligazione – ha ad oggetto una prestazione da parte del debitore e non un bene⁸³⁷, per tali situazioni di vantaggio la legittimazione processuale ad agire si traduce sempre nella legittimazione a ricevere la prestazione.

E' dunque di chiara evidenza che il costituente di pegno o di usufrutto sul credito controverso perda la legittimazione ad agire, a meno di non voler negare in radice l'esistenza di tali situazioni di vantaggio.

Una volta dimostrata la matrice storica e dogmatica dell'orientamento restrittivo in relazione alle fattispecie qui prese in considerazione, non si vede alcun motivo, oggi, per non negare che anche la successione costitutiva, nel suo complesso, sia soggetta all'applicazione del § 265 ZPO e dell'art. 111 c.p.c.

62. Azioni di nullità e di impugnativa di contratto ad effetti reali: diverso trattamento nel caso di impugnativa di contratto con effetti meramente obbligatori

einer minderen Rechtsstellung als des Vollrechts, z. B. eines Pfandrecht, ebenfalls den Regeln der §§ 265, 325, 727, 731 ZPO unterliegt, sofern der Streitbefange Anspruch dadurch hinsichtlich der Sachlegitimation veraendert wird". Nello stesso senso, si v. Greger, Zoeller, 883; Assmann, § 265, in Wiezcorek, 504, per il quale anche in questo caso si produrrebbe una modificazione relativa alla Sachlegitimation; Roth, § 265, in Stein/Jonas, 403; Schumann, § 265, in Stein/Jonas, 256; Becker/Eberhar, § 265, in Muenchner Kommentar, 1597; Pohle, Festschrift Lehmann, II, 738, 756 s.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., Muenchen, 2010, 554; Geisler, § 265, in Pruetting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 6. Aufl., 2014, 795; Schumann/Leipold, § 265, 1063 ss.; Grunsky, Die Veraeusserung der streitbefangenen Sache, Tuebingen, 1868, 34 s. Peculiare i quali ritengono che gli acquirenti di un diritto reale limitato in corso di causa siano assoggettati comunque ai sensi del § 325 ZPO agli effetti della sentenza pronunciata contro il suo autore, pur non dandosi applicazione del § 265 ZPO. Per l'inapplicabilità di tale articolo Wagemeyer, 97, BETTERMANN, *Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft*, Hamburg, 1949, 63 ss.,

835 In Italia negano l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. alla successione a titolo derivativo-constitutivo Proto Pisani, Opposizione di terzo ordinaria, 148 ss.; Id., La trascrizione, cit., 168 s., 183, 265 n. 88; Satta, Commentario, 419 s.; Consolo, Spiegazioni, cit., II, 148; Widmann, La successione, cit., 426 ss. In senso contrario, tuttavia, si v. Attardi, Diritto processuale civile, I, 336 ss.; De Marini, La successione, cit., 63 s.; Lorenzetto Peserico, 302 ss.; Luiso, Diritto Processuale civile, I, 372 ss.; Mengoni, Note sulla trascrizione, cit., 376 s.; Picardi, La trascrizione delle domande giudiziali, 285 s., 335 ss.; Vaccarella, Trascrizione delle domande giudiziali, cit., 350 ss., 369, 412.

836 La dottrina civilistica, in commento all'art. 2803 c.c., parla di ius exigendum che onorerebbe e spetterebbe al creditore pignoratorio. Cfr. sul punto Gabrielli, Il pegno, in Sacco, Trattato di diritto civile, 5, Torino, 2005, 214 s.; Gorla-Zanelli, Del pegno, delle ipoteche, in Commentario Schialoja-Branca, 4ª ed., 1992, 159. E' evidente tuttavia che, in un'ottica prettamente processuale, tale ius exigendum deve essere inquadrato nella categoria della legittimazione ad agire

837 Non si ignora l'ampio dibattito condotto dalla dottrina, tedesca e italiana, in relazione all'individuazione dell'oggetto della obbligazione. Che tuttavia l'oggetto dell'obbligazione sia costituito da una prestazione – nell'ipotesi in commento – discende dalla stessa evidenza empirica, oltre ad essere confermato dalla migliore dottrina civilistica: cfr Rescigno

Della questione relativa all'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. alle azioni di impugnativa negoziale (in particolare di simulazione, annullamento, rescissione e risoluzione) di un contratto traslativo della proprietà si è già implicitamente trattato a margine dello studio dedicato ai profili internazionale-privatistici della successione nel diritto controverso.

In quella sede è infatti emerso come, qualora le medesime fattispecie disciplinate dal diritto sostanziale italiano fossero oggetto di controversia nell'ambito di un procedimento giudiziale svolgentesi in Germania e retto dalla *Zivilprozessordnung*, non si esiterebbe a dare applicazione al § 265 ZPO.

La medesima conclusione può essere affermata anche in relazione all'art. 111 c.p.c. Non dovrebbe dubitarsi che il diritto di proprietà sia *reso civilisticamente controverso* dall'esperimento di azioni volte alla caducazione di un contratto ad effetti reali.

Ancorché infatti in tali ipotesi l'oggetto del giudizio non verta precipuamente sulla titolarità del diritto di proprietà o del diritto reale trasferito nel corso del processo, la funzione della tutela apprestata da tali azioni consiste proprio nell'eliminazione degli effetti di un contratto traslativo di un diritto reale. Ne consegue che, all'esito del vittorioso esperimento di tali azioni, titolare del diritto reale trasferito con il contratto caducato tornerà ad essere l'alienante, con conseguente possibilità di dare applicazione all'art. 111 c.p.c.⁸³⁸

In tal modo si crede, peraltro, di aver colto un ulteriore *ratio* giustificativa del costante orientamento della giurisprudenza e, in particolare, della Corte di Cassazione, che ritiene applicabile nelle ipotesi in esame l'art. 111 c.p.c.⁸³⁹

In senso del tutto opposto, invece, secondo l'opinione che appare preferibile, dovrebbe negarsi l'applicazione dell'istituto della successione nel diritto controverso nelle ipotesi in cui ad essere fatta valere sia un'azione personale relativa ad un contratto ad effetti meramente obbligatori (si pensi, per esempio, alle azioni personali relative ad un contratto di locazione, comodato o deposito di un bene mobile o immobile). In tal caso, infatti, non può ritenersi che la

838 In senso conforme alle conclusioni qui raggiunte, cfr. in dottrina ANDRIOLI, Commento al codice di procedura civile, cit., I, pag. 316-317; A. ATTARDI, Diritto processuale civile, cit., I, pag. 336 ss.; E. FAZZALARI, La «successione nel diritto controverso», cit., pag. 530 ss.; ID., Successione nel diritto controverso, cit., pag. 1390 ss.; E.T. LIEBMAN, Manuale di diritto processuale civile. Principi, cit., pag. 97; A. LORENZETTO PESERICO, op. cit., pag. 302 ss.; F.P. LUISO, Diritto processuale civile, cit., I, pag. 372 ss.; ID., Successione nel processo, cit., pag. 10; ID., Le azioni di restituzione da contratto e la successione nel diritto controverso, cit., par. 2 (ed ivi ulteriori riferimenti); L. MENGONI, Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali, cit., pag. 379, 400; ID., Gli acquisti «a non domino», cit., pag. 287; G. MONTELEONE, I limiti soggettivi del giudicato civile, cit., pag. 107 ss.; N. PICARDI, La trascrizione delle domande giudiziali, cit., pag. 315 ss.; R. TRIOLA, op. cit., pag. 437 ss.; R. VACCARELLA, Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso, cit., pag. 350 ss.; G. VERDE, Profili del processo civile, cit., I, pag. 212 ss. In senso contrario, tuttavia, ANDRIOLI, Lezioni di diritto processuale civile, cit., I, pag. 315 ss.; C. CONSOLO, Spiegazioni di diritto processuale civile, cit., II, pag. 147; C.M. DE MARINI, op. cit., pag. 46 ss.; A. PROTO PISANI, La trascrizione delle domande giudiziali, cit., pag. 45 ss.; ID., Opposizione di terzo ordinaria, cit., pag. 132 ss.; ID., sub art. 111, cit., pag. 1227 ss.; S. SATTA, sub art. 111, cit., pag. 419 ss.; F. TOMMASEO, L'estromissione di una parte dal giudizio, cit., pag. 257, nonché – di recente – Widmann, La successione, cit., 412.

839 Cass., 17 luglio 2012 n. 12305, in CED Cassazione, 2012, ove l'esigenza di ricondurre all'ambito di applicazione dell'art. 111 pure le fattispecie di trasferimento di un diritto reale in pendenza di una azione c.d. personale è giustificata facendo leva su una lettura costituzionalmente orientata della predetta norma, informata ai principi del giusto processo e alla salvaguardia del diritto di difesa – artt. 24 e 111 Cost. – (per più specifici rilievi sul punto, v. comunque infra 2.2, spec. nt. 90); cfr. poi, e pluribus: Cass., 15 luglio 2004 n. 13112, in Guida al diritto, 2005, D. 2, 38; Cass., 22 gennaio 2002 n. 1155, in Giust. civ., 2002, I, pag. 1575; Cass., 4 marzo 1993, n. 2666, in Mass. giur. it., 1993; Cass., 6 giugno 1983 n. 3868, in Mass. giur. it., 1983; Cass., 5 dicembre 1977 n. 5264, in Mass., 1977; Cass., 12 febbraio 1973 n. 415, in Mass. giur. it., 1973; Cass., 14 febbraio 1966 n. 442, in Foro it., 1966, I, c. 1775; Cass., 22 giugno 1965 n. 1309, in Foro it., 1966, I, c. 350; Cass., 13 ottobre 1961 n. 2121, in Foro it., 1962, I, c. 519; Cass., 6 febbraio 1959 n. 374, in Foro it., 1959, I, c. 352; Cass., 12 gennaio 1950, in Foro pad., 1950, I, 367.

tutela che verrà dispensata all'esito di tali processi sia in grado di rendere controversa, ancorché da un punto di vista civilistico, la proprietà del bene trasferito in corso di causa⁸⁴⁰.

63. *Glaebiger- e Insolvenzanfechtung* e § 265 ZPO

Particolarmente dibattuta in Germania si è da sempre rivelata in passato la questione dell'applicabilità del § 265 ZPO alle azioni revocatorie, ordinarie e fallimentari. Il dibattito si è trascinato nel corso dei decenni, coinvolto dalla più generale questione dell'inquadramento sistematico del *Glaebiger*-⁸⁴¹ e dell'*Insolvenzanfechtung*⁸⁴² nell'ordinamento tedesco.

Come ampiamente noto, entrambi gli istituti affondano le loro radici nell'*actio pauliana* di diritto romano, rimedio volto a conseguire l'obbligo di restituzione dei cespiti patrimoniali di cui un debitore avesse disposto con lo scopo preordinato o anche solo prevedibile di pregiudicare i propri creditori, nel caso in cui l'acquirente ne fosse a conoscenza o avesse acquistato a titolo gratuito⁸⁴³.

Come si diceva, la natura dell'azione revocatoria, sia ordinaria che fallimentare, è discussa da più di un secolo; e da essa era fatta dipendere prevalentemente la questione della possibile applicazione del § 265 ZPO nel caso in cui il convenuto in revocatoria avesse alienato in corso di causa il bene trasferito con il contratto di cui si chiedeva la revocazione.

Le singole opinioni formulate al riguardo vengono tradizionalmente accomunate in tre principali correnti: le cd. *Dinglichkeitstheorien*, la *schuldrechtliche Theorie* e le *haftungsrechtlichen Theorien*⁸⁴⁴.

Le *Dinglichkeitstheorien* partivano dall'assunto che il negozio di disposizione sottoposto a revocazione sarebbe stato di per sé viziato, e perciò si sarebbe dovuto considerare l'acquisto compiuto dal convenuto in revocatoria a monte inefficace. Secondo una prima ricostruzione tale inefficacia sarebbe direttamente conseguita in forza di legge sin dal compimento dell'atto di disposizione patrimoniale da parte del debitore. Il cespite patrimoniale alienato sarebbe quindi considerato come mai uscito dal patrimonio del debitore e soggetto all'azione esecutiva del curatore fallimentare (o del singolo creditore). In tale contesto l'esercizio dell'azione revocatoria avrebbe solamente dovuto costituire il presupposto processuale per l'aggressione esecutiva da parte della massa dei creditori⁸⁴⁵. Secondo una diversa impostazione, invece, l'inefficacia reale del negozio di trasferimento sarebbe stata da

840 Benché non si rinviengano pronunce specifiche sul punto, può prendersi in considerazione la ratio decidendi di Cass., 28 marzo 2014, n. 7305, secondo cui "il possibile fondamento delle azioni personali di restituzione è stato ravvisato [...] nell'invalidità oppure nell'esaurimento, per risoluzione, per rescissione, per esercizio della facoltà di recesso, per decorso del termine di durata e così via, del *rapporto di natura obbligatoria* in base al quale il convenuto aveva conseguito la detenzione del bene". Preme notare come la Cassazione evidenzi la natura meramente obbligatoria del rapporto fondato dal contratto. Ciò che sembra confermare a contrario il principio posto a base delle decisioni nell'ipotesi in cui il contratto abbia dispiiegato effetti reali.

841 Disciplinato oggi dal Gesetz ueber die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz, di seguito indicata AnfG), entrata in vigore il primo gennaio 1999.

842 Disciplinata prima nella Konkursordnung e, poi, dalla Insolvenzordnung a partire dal primo gennaio 1999.

843 Il principio insito nell'*actio pauliana* è stato preservato e sviluppato nel diritto comune applicato in Germania per tutto il XIX secolo. La sua disciplina, tuttavia, differiva da Laender a Laender: in alcuni di essi per esempio gli atti di disposizione patrimoniali eseguiti dal debitore erano meramente impugnabili, in altri erano del tutto nulli. Diversamente regolata era anche la cerchia dei soggetti tutelati e alcuni ordinamenti escludevano del tutto la possibilità di una revocatoria da parte del singolo creditore.

844 La ripartizione si rinviene in Kirchhof, in Muenchner Kommentar, Vorbemerkungen vor §§ 129 bis 147, 465 ss.; nonché in Gerhardt, *Glaebigeranfechtung*.

845 Tale era la ricostruzione di Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., 1932; Lippmann *IherJb* 36 (1896); Lenhart *ZZP* 38 (1909), 165, 167, 177, 191 s, 203 s.; Geib *AcP* 113 (1915), 335, 362 s.; Schulin *LZ* 1922, 601 ss.

ricondere all'*Anfechtungserklaerung*, la quale avrebbe avuto efficacia costitutiva retroattiva similmente a quanto avviene per l'impugnativa stragiudiziale ai sensi del § 142 Abs. 1 BGB⁸⁴⁶.

In ogni caso, in base ad entrambe le prospettazioni della *Dinglichkeitstheorie*, il bene oggetto dell'atto sottoposto a revocazione sarebbe stato controverso, dando luogo all'applicazione dei §§ 265 e 325 ZPO⁸⁴⁷.

In base alla *schuldrechtliche Theorie* l'esercizio delle azioni revocatorie dispiegherebbe un mero effetto obbligatorio nei confronti del solo convenuto, consistente nell'insorgere di una obbligazione volta al ritrasferimento del cespite trasferito *in fraudem*. Secondo tale ricostruzione sarebbe in radice escluso che l'esperimento della revocatoria renda controverso il bene trasferito⁸⁴⁸.

Tuttavia, le opinioni oggi maggiormente diffuse tra gli interpreti di lingua tedesca, per quanto largamente differenziate tra di loro, si raccolgono sotto la comune denominazione di cd. *haftungsrechtlichen Theorien*. Queste ultime, piuttosto che fare perno sull'effetto – obbligatorio o reale – dispiegato dalle azioni revocatorie, sottolineano di queste ultime l'aspetto funzionale, ravvisato comunemente nel temperare la diminuzione della garanzia patrimoniale prodottasi in capo al debitore a seguito dell'atto di disposizione *in fraudem*⁸⁴⁹. Ne discende che il risultato del suo vittorioso esperimento consiste nella sola inefficacia relativa del trasferimento, senza apportare alcuna modificazione nella titolarità del diritto oggetto dell'atto revocato. I risultati cui pervengono gli interpreti che si fanno portavoce di simile ricostruzione in relazione all'applicabilità del § 265 ZPO sono oscillanti, se pure è dato registrare una certa predominanza per la tesi negativa⁸⁵⁰.

64. Azioni revocatorie ordinarie e fallimentari e art. 111 c.p.c.

Quanto alle azioni revocatorie, ordinarie e fallimentari nell'ordinamento italiano, il dibattito nella letteratura in relazione al loro possibile coordinamento con l'art. 111 c.p.c. è stato assorbito dal più generale tema della trascrizione delle domande giudiziali.

Così, a fronte di un orientamento minoritario che tende ad escludere l'applicazione dell'istituto in esame in quanto non sussiste identità tra situazione giuridica oggetto del processo e diritto oggetto del trasferimento⁸⁵¹, l'opinione largamente maggioritaria in dottrina non esita a coordinare l'art. 2652 n. 5 c.c. – che prescrive la trascrizione della domanda di revoca degli atti soggetti a trascrizione compiuti in pregiudizio dei creditori – e l'art. 111 c.p.c.⁸⁵²

846 In questo senso Hellwig ZJP 26 (1899), 474, 478; DJZ 1905, 249 ss.; Hellmann, 347, 353. Parallelamente, in riferimento al § 10 GesO, Zeuner,

847 Così tra tutti HELLWIG, *System*, cit., 366

848 Così già agli inizi del secolo Oertmann ZJP 33 (194), 1, 6; nonché in tempi più recenti Wieczorek § 265

849 Tra i principali fautori di tale impostazione possono ricordarsi PAULUS, *Sinn und Formen der Glaebigeranfechtung*, in *Archiv fuer civilistische Praxis*, 1956, 277 ss.; nonché GERHARDT, *Die systematische Einordnung der Glaebigeranfechtung*, Goettingen, 1969

850 Recentemente

851 Così, in particolare, Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 146;

852 FERRI-ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, 330: secondo cui i terzi acquirenti in corso di lite vengono colpiti dalla sentenza di revocazione in forza del principio fissato dall'art. 111 c.p.c.; Picardi, *La trascrizione*, cit., 159 ss., 165 ss., 169 ss., 178 ss., 182 ss., 343 s.; TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, I, in *Commentario Scialoja-Banca*, Bologna-Roma, 1993, 208, ritiene che "se l'alienazione fosse posteriore alla domanda, si applicherebbero i principi che regolano la successione nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.)". In realtà la maggioranza della dottrina fallimentarista omette ogni riferimento all'art. 111 c.p.c., limitandosi a rilevare come l'inefficacia dell'atto originario conseguente all'accoglimento dell'azione revocatoria si estenda anche a taluni terzi subacquirenti, come quelli a titolo gratuito e che "è automaticamente inefficace l'acquisto a titolo oneroso di beni immobili o di beni mobili registrati qualora il relativo titolo di acquisto non sia stato trascritto prima della domanda di revoca"; 773; Provinciali, 409; Azzolina, 1067; FERRARA, *Il fallimento*, 3ª ed., Milano, 1974, 915 s.; D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Trattato Recigno*,

Dal canto suo invece la giurisprudenza esclude in generale che l'azione revocatoria renda controverso il diritto oggetto dell'atto revocato, e dunque che l'acquisto del medesimo da parte di un terzo in pendenza del giudizio di revoca configuri successione nel diritto controverso⁸⁵³.

Potrebbe destare sorpresa il diverso atteggiamento assunto dalla giurisprudenza della Suprema Corte in materia di azione revocatoria rispetto all'indirizzo assunto in materia di impugnativa contrattuale, dove – come si è visto – la titolarità del diritto è resa controversa dalle azioni di nullità, annullamento, rescissione e di risoluzione contrattuale.

In realtà tale posizione è del tutto conseguente, ove sia esaminata la diversa funzione della tutela apprestata dall'azione revocatoria rispetto alle altre ipotesi di impugnativa negoziale. Secondo la giurisprudenza della Cassazione infatti “il vittorioso esperimento di un'azione revocatoria (ordinaria o) fallimentare non è idoneo a determinare alcun effetto restitutorio rispetto al patrimonio del disponente (poi fallito), né, tantomeno, alcun effetto direttamente traslativo in favore dei creditori, comportando solamente la declaratoria di inefficacia (relativa) dell'atto rispetto al creditore che agisce in giudizio, e rendendo, conseguentemente, il bene trasferito assoggettabile ad azioni esecutive, senza in alcun modo caducare, ad ogni altro effetto, l'avvenuta alienazione in capo all'acquirente”⁸⁵⁴.

D'altronde, anche per la prevalente dottrina civilista il provvedimento di revoca non determina l'eliminazione erga omnes delle vicende verificatesi in forza dell'atto pregiudizievole al creditore posto in essere dal debitore⁸⁵⁵. Ad essa piuttosto “consegue una alterazione della normale operatività del meccanismo esecutivo (e conservativo) approntato a tutela, attuale o potenziale, del soggetto che ha promosso il giudizio di revoca, alterazione atta ad assicurargli quell'integrale o parziale soddisfacimento coattivo compromesso dall'atto in fraudem”⁸⁵⁶.

Dunque, sotto il profilo effettuale, non comportando la revocazione la caducazione dell'effetto traslativo dell'atto ma solo la sua inopponibilità (inefficacia relativa) nei confronti

XX, 2, Torino, 2008, 183 s.

853 Si tratta di orientamento pacifico e incontrastato in giurisprudenza, la quale si è espressa in tal senso allorché, in pendenza della domanda di revoca di un contratto di locazione, sia stato trasferito il bene immobile oggetto del contratto medesimo (così Cass., 22 luglio 2014, n. 16652; nonché Cass., 21 luglio 2000, n. 8419, in Fallimento, 2001, 755, con nota di Limitone); in caso di cessione del credito avvenuta in pendenza della revocatoria fallimentare avente ad oggetto l'assegnazione del medesimo credito (Cass., 4 dicembre 2014, n. 25660); nonché in ipotesi di acquisto di un bene immobile in pendenza della revocatoria avente ad oggetto l'inefficacia del contratto di trasferimento del medesimo (Cass., 19 novembre 2014, n. 24655; Cass. 17 novembre 2005, n. 23255).

854 Così Cass., 11 settembre 1997, n. 8962, in Fallimento, 1998, 787; ma si veda anche Ancora, si veda Cass., 16 aprile 1988, n. 2991, secondo cui “l'azione revocatoria proposta dal creditore è volta alla “dichiarazione della inefficacia (soggettivamente relativa) del contratto di alienazione nei suoi confronti: al fine di ottenere la costituzione di una situazione giuridica per cui soltanto nei suoi confronti, relativamente solo a lui, l'immobile è nel patrimonio del suo debitore (*rimanendo valido, e producendo l'effetto traslativo, il contratto di alienazione tra le parti e nei confronti degli altri terzi*), con la conseguenza che può attuare su di esso, a mezzo dell'esecuzione per espropriazione forzata immobiliare, la garanzia generica ex art. 2740 c.c. per il soddisfacimento del suo credito”

855 Tale opinione è stata formulata sotto la vigenza dell'attuale codice civile da Fedele, La invalidità del negozio giuridico di diritto privato, Torino, 1943, 165, 238, 283, 308, 312; da Greco, La società nel sistema legislativo italiano, Torino, 1959, 95 s., 132 s.; nonché da Allara, La teoria delle vicende del rapporto giuridico, cit., 264 ss., Id., La revocazione delle disposizioni testamentarie, cit., 79 ss. In precedenza, sulla scorta dell'art. 1235 del codice del 1865, la medesima posizione era stata assunta da Ricca-Barberis, L'assolutezza dell'annullamento conseguito con l'azione revocatoria, in Riv. Dir. Civ., 1931, I, 29 ss.; Gaudenzi, L'estremo della preesistenza del credito nella pauliana fallimentare e in quella ordinaria, in Temi Emiliana, 1932, I, 173 ss.; Pacchioni, Delle obbligazioni in generale, Padova, 1935, 112 ss. Una variante

856 In questo senso Sarasso, L'azione revocatoria ordinaria. Profili generali, Milano, 1968, 104, il quale specifica: “ove si tratti di atto traslativo di beni (diritti), alla pronuncia di revoca consegue l'assoggettabilità ad esecuzione (attuale o potenziale) di tali beni da parte del soggetto che ha promosso il giudizio di revoca: assoggettabilità nella misura in cui sussista (in forza dell'atto in fraudem) situazione pregiudizievole alla sua tutela esecutiva, ed in via preferenziale rispetto ai creditori del terzo, del cui patrimonio essi beni fanno parte”.

dell'attore procedente, il diritto oggetto dell'atto revocato ed acquistato in pendenza del giudizio non è reso controverso – ai sensi dell'art. 111 c.p.c. – dalla domanda di revocazione, ma è semplicemente destinato a cedere di fronte alla pretesa esecutiva del creditore poi risultato vittorioso in revocatoria⁸⁵⁷.

65. Il coordinamento tra il § 265 ZPO e la disciplina delle iscrizioni nel *Grundbuch*: *Vormerkung* e *Widerspruch*

Particolare interesse suscita nell'ambito della presente ricerca il coordinamento dell'istituto disciplinato dal § 265 con la disciplina delle trascrizioni e iscrizioni nei pubblici registri.

Sullo sfondo del principio di separazione (*Trennungsprinzip*) tra negozi meramente obbligatori (*Verpflichtungsgeschäfte*) e negozi di disposizione (*Verfügungsgeschäfte*) – questi ultimi astratti dalla sottostante operazione economica (*Abstraktionsprinzip*) –, il regime del trasferimento dei diritti immobiliari in Germania è improntato al principio dell'iscrizione nel libro fondiario (*Grundbuch*). In definitiva, per operare qualunque trasferimento o costituzione di diritti immobiliari con efficacia reale tra le stesse parti, oltre alla stipula di un contratto obbligatorio (ad. esempio, il contratto obbligatorio di compravendita, cd. *Kaufvertrag* §§ 433 ss. BGB), è necessario un successivo negozio giuridico di investitura (cd. *Auflassung*) e la sua iscrizione nel libro fondiario (*Eintragung im Grundbuch*)⁸⁵⁸. Il sistema appare così informato alla strenua separazione tra situazioni di vantaggio meramente obbligatorie e reali, cui corrisponde, anche dal punto di vista dell'insegnamento accademico, la netta distinzione tra *Schuldrecht* e *Sachenrecht*.

La necessità di assicurare la massima certezza nella circolazione dei diritti immobiliari – che si è vista sin qui già ispirare la disciplina sostanziale di ogni tipo di trasferimento – è alla base, inoltre, della presunzione legale di regolarità nella tenuta dei registri (*Gesetzliche Vermutung* § 891 BGB)⁸⁵⁹ nonché del principio di pubblica fede del libro fondiario (*Öffentlicher Glaube des Grundbuchs*), consacrato dal § 892 BGB. Si tratta di un principio chiave dell'intero sistema, in forza del quale chiunque acquisti diritti su di un bene immobile confidando in buona fede sulla regolarità delle scritture fondiarie, fa salvo il proprio acquisto⁸⁶⁰. Proprio quest'ultima rappresenta una di quelle fattispecie di acquisto *a non domino*, disciplinate dal BGB e richiamate dal § 325, Abs. 2, ZPO, che fanno eccezione alla regola del normale estendersi dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza nei confronti del successore lite pendente nella *streitbefangene Sache*.

Di qui l'interesse per un approfondimento circa il coordinamento tra l'istituto della successione nel diritto controverso e il sistema delle trascrizioni ed iscrizioni immobiliari predisposto dal BGB e dall'ordinanza sul registro fondiario (*Grundbuchordnung*, in proseguo

857 Che sia questa la ratio sottesa è confermato da Cass., 27 maggio 2011, n. 11858: "l'azione revocatoria ordinaria ha la funzione di ricostituire la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del suo debitore [...] essa, pertanto, in caso di esito vittorioso, *non travolge l'atto impugnato, con conseguente effetto restitutorio e recuperatorio del bene al patrimonio del debitore*, ma ha l'effetto tipico di determinare l'inefficacia dell'atto stesso nei confronti del solo creditore, al fine di consentirgli di aggredire il bene con l'azione esecutiva qualora il proprio credito rimanga insoddisfatto".

858 Ai sensi del § 873 BGB. Cfr. BAUR-STUERNER, *op. cit.*, 241, "*Erst Einigung und Eintragung zusammen bewirken die Rechtsänderung*" che prosegue affermando come "*Damit erreicht der Gesetzgeber, daß wirkliche Rechtslage und Buchstand in aller Regel übereinstimmen*".

859 La presunzione è fissata dal § 891 BGB, in base al quale le iscrizioni e le cancellazioni effettuate nel *Grundbuch* fanno presumere, rispettivamente, la spettanza o meno dei diritti al soggetto che risulti formalmente iscritto. Sul punto, cfr. BASSENGE, § 891, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, 2014, 1537.

860 Cfr. BAUR-STUERNER, *op. cit.*, 292 ss.; BASSENGE, § 892, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, *cit.*, 1537 ss.

GBO) a tutela di quei terzi che possano vantare pretese confliggenti con le risultanze del libro fondiario, in analogia con quanto accade nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 2652 e 2653 c.c.

Tale tutela interinale nell'ordinamento tedesco è affidata agli istituti della *Vormerkung* (cd. prenotazione ex §§ 883 ss. BGB) e della *Widerspruch* (cd. opposizione, disciplinata dal § 899 BGB)⁸⁶¹: iscrizioni meramente provvisorie nel registro fondiario, da praticarsi rigorosamente o con il consenso del soggetto che risulti intestatario del bene immobile, ovvero in via unilaterale ma solo previo ottenimento di un provvedimento cautelare (*einstweilige Verfügung*) da parte del giudice⁸⁶².

Qui, tuttavia, le somiglianze tra i due istituti terminano, essendo diverse le situazioni giuridiche che con tali strumenti possono essere tutelate, nonché il loro coordinamento con l'istituto della successione dell'istituto della successione nel diritto controverso. La relativa trattazione dovrà dunque procedere separatamente.

La *Widerspruch* è infatti un'iscrizione provvisoria, ricollegata all'esercizio di un'azione di rettifica del libro fondiario (§ 894 BGB), con cui si rende manifesto ai terzi che le risultanze del libro fondiario non corrispondono al reale assetto proprietario relativo ad un immobile. Ciò può verificarsi ad esempio perché il negozio di disposizione (*Auflassung*) oggetto di una precedente iscrizione nei pubblici registri era *ab origine* invalido ed in quanto tale è stato impugnato stragiudizialmente⁸⁶³. Ne discende che le controversie che possono dar luogo all'iscrizione di una *Widerspruch* sono essenzialmente di natura reale: infatti dal momento che la caducazione degli effetti reali prodotti dall'atto dispositivo si è già verificata a monte del processo con la sua impugnazione stragiudiziale, l'azione esercitata a valle è quella di rivendica (§ 985 BGB), ricollegata a quella di rettifica del registro immobiliare (§ 894 BGB)⁸⁶⁴.

In tali ipotesi il coordinamento tra la *Widerspruch* e la disciplina della successione nel diritto controverso avviene in via diretta: l'iscrizione della opposizione ha l'effetto di infrangere il principio di pubblica fede del libro fondiario, facendo con ciò venir meno il presupposto per un acquisto a titolo originario ai sensi del § 892 BGB in pendenza del processo⁸⁶⁵. Ne consegue che, trovando piena applicazione i §§ 265 e 325 ZPO, l'acquirente in corso di causa *ex latere rei* sarà sempre soggetto agli effetti, anche esecutivi (§ 727 ZPO), della pronuncia emessa contro il suo autore.

861 La letteratura al riguardo è sterminata; a parte le trattazioni manualistiche a cui si farà riferimento anche nelle note seguenti possono qui citarsi, per un approfondimento storico, BIERMANN, *Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht*, Jena, 1901; più di recente si vedano Assmann, *Die Vormerkung*

862 I comuni presupposti per l'iscrizione della *Vormerkung* e *Widerspruch* sono stabiliti per la prima al § 885, Abs. 1, BGB e per la seconda dal § 899, Abs. 2, BGB. Si riporta il testo della prima delle due disposizioni: “*Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, dass eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird*”. Sulla corrispondenza tra i presupposti dell'iscrizione delle due misure si veda in particolare STAMM, *Die Auflassungsvormerkung*, Berlin, 2003, 39

863 Si tratta dell'esempio più frequente portato dai repertori e dalla manualistica corrente: si veda al riguardo WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN, *Sachenrecht*, cit., 618, 624. In altri termini si tratta dell'ipotesi – di cui si è più sopra dato conto – in cui l'atto di disposizione risulti inficiato dal medesimo vizio da cui risultava affetto il contratto causale: cd. Fehleridentität. Più in generale, sulle ipotesi che possono dar luogo all'iscrizione di una *Widerspruch*, si veda BAUR-STUERNER, *op. cit.*, 222 ss., il quale riconduce le divergenze tra risultanze del libro fondiario ed effettiva situazione giuridica del bene a quattro ipotesi principali, benché non esaustive: errori dell'ufficio del registro, mutamenti nella situazione giuridica del bene dovuta ad atti non negoziali (ipotesi di successione universale nel complesso di rapporti giuridici facenti capo al soggetto che risultava titolare del diritto dai libri fondiari), divergenza tra accordo (*Einigung*, che si è visto essere per i beni immobili l'*Auflassung*) e iscrizione (*Eintragung*), nonché le ipotesi – cui si è fatto nel testo riferimento – di nullità originaria o sopravvenuta dell'atto di trasferimento.

864 Sul punto si veda Picardi, *La trascrizione*, cit., 97 ss.

865 Sulla *Widerspruch*:

A tale disciplina trova esatto riscontro nelle norme della *Grundbuchordnung* in materia di tenuta dei registri immobiliari. In particolare il § 22 GBO⁸⁶⁶ contempla nell'ipotesi di rettifica del libro fondiario un'eccezione al generale principio del consenso – codificato al § 19 GBO⁸⁶⁷ – secondo cui per procedere a qualunque iscrizione nel *Grundbuch* deve presentarsi il necessario consenso (*Bewilligung*), ovvero una sentenza che di questo tenga luogo, del soggetto che risulti formalmente titolare del diritto interessato dall'iscrizione secondo le risultanze del libro fondiario. Ciò significa che l'attore vittorioso può procedere all'iscrizione della sentenza di rettifica nei registri immobiliari (dandone prova nelle forme previste dal § 39 GBO⁸⁶⁸) senza necessità di ottenere il preventivo consenso da parte dell'avente causa dal convenuto che in corso di causa abbia iscritto a proprio favore una *Auflassung*.

Ben più complesso appare invece il coordinamento tra l'istituto della successione nel diritto controverso e la *Vormerkung*⁸⁶⁹.

La particolarità di quest'ultima consiste nel permettere di dare ingresso nel *Grundbuch* a pretese meramente obbligatorie dirette al (ri)trasferimento o alla costituzione di diritti reali su beni immobili. Il classico esempio che si rinviene nella manualistica è quello relativo alla conclusione di un negozio causale di compravendita (*Kaufvertrag*) in virtù del quale l'acquirente – non ancora proprietario – diviene titolare di una mera pretesa obbligatoria al trasferimento della proprietà dell'immobile⁸⁷⁰. A garanzia di situazioni giuridiche obbligatorie di tal genere il § 883, Abs. 1, BGB consente di iscrivere nel libro fondiario una (nel caso di specie: *Auflassungs*-) *Vormerkung*, la quale avrà la funzione di 'prenotare' l'effetto reale finale che dovrà essere compiuto in un secondo momento dal debitore.

Tale risultato è ottenuto attraverso la comminatoria della inefficacia relativa (cd. *relative Unwirksamkeit*), disposta dal § 883, Abs. 2, BGB nei confronti del solo creditore iscritto, di ogni successivo atto di disposizione compiuto dal medesimo debitore che si ponga in contrasto con il contenuto oggettivo dell'obbligazione garantita dalla *Vormerkung*⁸⁷¹. Tuttavia a

866 DEMHARTER, *Grundbuchordnung*, 25. Aufl., Muenchen, 2005, 370 ss.

867 A mente del § 19 GBO “*Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird*”. Al riguardo si veda DEMHARTER, *Grundbuchordnung*, cit., 283, secondo il quale tale articolo “*bringt den Grundsatz der einseitigen Bewilligung, das sogenannte formelle Konsensprinzip, zum Ausdruck*”. Tale disposizione avrebbe lo scopo di facilitare le pratiche relative alla circolazione immobiliare: in tal modo infatti l'ufficio del registro immobiliare sarebbe sollevato dalla necessità di dover comprovare ogni volta la sussistenza delle dichiarazioni negoziali necessarie alla produzione della modificazione giuridica richiesta.

868 Cfr. al riguardo DEMHARTER, *Grundbuchordnung*, cit., 550

869 Sulla *Vormerkung* si vedano BREHM-BERGER, *Sachenrecht*, 3a ed., Monaco, 2014; WEIRICH-IVO-LENSCHOW, *Grundstücksrecht*, 4a ed., Monaco, 2015, 219 ss.; nonché KOHLER, § 883, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, XLIII, 6. Aufl., Muenchen, 2013, 198 ss. Secondo BAUR-STÜRNER, op. cit., 250 ss., la *ratio* dell'istituto affonda le proprie radici proprio nella distinzione tra negozi obbligatori e negozi ad effetti reali.

870 L'esempio è meramente paradigmatico delle diverse possibilità applicative dell'istituto, la cui funzione in definitiva può dirsi consistere nell'infondere a situazioni di vantaggio meramente obbligatorie connotati e caratteri di realtà, soprattutto dal punto di vista della tutela. Si pensi, per esempio, alle ipotesi di impugnativa negoziale: una volta effettuato il trasferimento (attraverso la sequenza *Kaufvertrag*, *Auflassung* e successiva *Eintragung*), si immagini che il contratto causale di compravendita sia *ab origine* nullo ovvero annullabile ed efficacemente caducato. L'inefficacia del *Kaufvertrag*, in forza del *Trennungsprinzip*, non si riverbera in alcun modo sul contratto astratto di trasferimento (*Auflassung*), di talché l'acquirente potrà dirsi a tutti gli effetti proprietario. Dal momento, tuttavia, che il trasferimento si è rivelato non dovuto in quanto è venuta a mancare la causa che giustificava l'operazione economica (*Kaufvertrag*), il venditore potrà vantare una pretesa obbligatoria al ritrasferimento del bene – in base alle norme sull'ingiustificato arricchimento (§ 812 BGB) – la quale potrà essere assicurata attraverso l'iscrizione di una *Vormerkung* nel *Grundbuch*. L'esempio è tratto da WEIRICH-IVO-LENSCHOW, op. cit., 59.

871 La natura della *Vormerkung* è ancora oggi ampiamente dibattuta in Germania: le difficoltà del suo inquadramento derivano proprio dal suo carattere ibrido, che sembra giustapporre elementi di natura reale ad altri di consistenza prettamente obbligatoria. Sul punto, per non appesantire eccessivamente l'esposizione, basti qui

fronte dell'inadempimento da parte del debitore dell'obbligazione di trasferire o di costituire il diritto reale immobiliare per il quale si era proceduto alla *Vormerkung*, il creditore sarà ovviamente tenuto ad agire giudizialmente nei confronti del primo⁸⁷². Di qui, il possibile coordinamento tra la disciplina di tale iscrizione e l'istituto della successione nel diritto controverso nel caso in cui lite pendente un terzo acquistasse diritti confliggenti con quelli garantiti dalla *Vormerkung*.

Nonostante una risalente per quanto autorevole opinione ritenesse che l'iscrizione della *Vormerkung* rendesse controversa la proprietà o il costituendo diritto reale nonostante il fondamento obbligatorio su cui l'azione si fondava⁸⁷³, oggi la maggioranza degli autori sono propensi ad escludere simile eventualità. E ciò non solo e non tanto perché nel processo è fatta valere una pretesa meramente obbligatoria relativa al bene immobile, quanto soprattutto perché l'attore vittorioso non potrebbe poi comunque procedere alla iscrizione della sentenza – perfezionando in tal modo definitivamente il proprio acquisto – nei confronti dell'avente causa lite pendente dal convenuto, nonostante l'inefficacia relativa derivante dall'iscrizione della *Vormerkung*.

Infatti, come già accennato, in base al principio codificato ai §§ 19 e 39 GBO per procedere ad una trascrizione nel *Grundbuch* è necessario aver ottenuto il previo consenso (*Bewilligung*) – eventualmente surrogato da una sentenza giudiziale espressamente emessa nei confronti – di quel medesimo soggetto che risulti ancora dal libro fondiario titolare del diritto interessato dalla iscrizione. Tale soggetto tuttavia – non operando in questo caso l'eccezione prevista dal § 22 GBO per l'azione di rettifica del libro fondiario – è oramai divenuto il terzo successore a seguito del trasferimento verificatosi in corso di causa. La *Vormerkung* infatti di per sé non costituisce un impedimento (*Grundbuchsperr*) nei confronti di successive iscrizioni effettuate contro il medesimo concedente, ma ha la sola virtù di rendere queste ultime inopponibili al suo beneficiario.

Di qui la necessità per quest'ultimo di intraprendere contro il terzo successore una nuova azione giudiziale regolata dal § 888, Abs. 1, BGB (*Anspruch auf Zustimmung*) e volta ad ottenere il suo consenso alla cancellazione della iscrizione dell'acquisto effettuato in violazione della *Vormerkung*. In tale nuovo processo la prima sentenza non esplicherà alcuna efficacia, riflessa o di giudicato, tuttavia la sua pendenza avrà la virtù – per pacifica opinione – di rendere finalmente controverso il diritto reale e, dunque, di assoggettare eventuali successivi subacquirenti alla disciplina del § 265 ZPO⁸⁷⁴.

richiamare le più recenti monografie di ASSMANN, *Die Vormerkung* (§ 883), Tuebingen, 1998 e di Stamm, *Die Auflassungsvormerkung*, Berlin, 2003. Per una generale panoramica si veda KOHLER, § 883, in *Münchener Kommentar*, cit., 229 ss.

872 Nella fattispecie, il tipo di azione esercitata dipenderà dalla diversa obbligazione assunta dal debitore. Nella stragrande maggioranza dei casi si tratterà dell'azione di condanna prevista dal § 894 ZPO volta ad ottenere una sentenza sostitutiva della dichiarazione negoziale non prestata al fine di ritenere fittiziamente concluso il negozio di disposizione produttivo dell'effetto reale perseguito. Per la qualificazione della azione prevista dal § 894 ZPO come di una condanna auto-esecutiva fondata sulla "*Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung*", si veda tra tutti Rosenberg, 502; nonché Blomeyer, 497. Si tratta di una azione che, dal punto di vista del diritto italiano, non si esiterebbe a qualificare come costitutiva sulla scia dell'insegnamento di Chiovenda, *Isituzioni*, cit., 177 ss.

873 In tal senso DERNBURG, *Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussen*, 4. Aufl., Halle, 1908, 177 ss., in part. 182, nt. 21, secondo cui: "*Ist eine auf der Vormerkung gestuetzte Klage anhaengig, so ist die Rechtssache im Sinne von CPO § 265, § 266 weil mit dinglicher Klage verfolgt, eine streitige* "; HELLWIG, *Wesen*, cit., 257 s., secondo il quale la sentenza Schumann, *Streitbefangenheit und Rechtsnachfolge*, 1910, 32 ss.; SEKLER, *Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht*, Muenchen, 1904, 203 s.; FUCHS, *Probleme des Sachenrechts*, in *Beitraege zur Erlaeuterung des deutschen Rechts*, 1902, 549 ss., 562, che definisce la *Vormerkung* "*mehr als ein Veraeusserungsverbot*" nell'ambito di una polemica – di cui non può darsi qui conto – sulla natura della *Vormerkung* che si stava accendendo giusto all'indomani dell'entrata in vigore del BGB. Più di recente tale opinione è stata fatta propria da Hartmann § 265 Rn 6

874 Kohler, 291; Gursky, 318

66. (Segue): la scelta del legislatore storico tedesco di non prevedere la trascrizione delle domande giudiziali e gli sviluppi giurisprudenziali relativi al *Rechtshaengigkeitsvermerk*

Già ad una superficiale osservazione non è chi non veda a quali conseguenze possa portare la latente lacuna tra le vicende circolatorie dei diritti reali sul piano sostanziale da una parte, e dall'altra la dimensione processuale della tutela concessa a chi possa avanzare pretese o diritti contrastanti con la situazione fotografata dai registri immobiliari. Infatti, anche in pendenza di un processo volto alla rettificazione del libro fondiario (§ 894 BGB), l'attore⁸⁷⁵ correva seriamente il rischio al termine del giudizio di vedersi opporre da parte del terzo, avente causa lite pendente dal convenuto, un acquisto a titolo originario fondato sul principio della pubblica fede dei registri fondiari, a meno che non si fosse premurato di ottenere in via di urgenza un provvedimento che autorizzasse un'iscrizione provvisoria nel registro immobiliare⁸⁷⁶.

Ciò che, del resto, corrispondeva ad una precisa scelta di politica legislativa perseguita dai *conditores* del BGB e dal legislatore storico tedesco: dai lavori preparatori emerge infatti come la possibilità di consentire la trascrizione nel libro fondiario della pendenza di un giudizio a semplice richiesta dell'interessato fosse stata quanto meno presa in considerazione. Particolarmente significativo si rivela il passo in cui se ne fa menzione, in quanto ciò avviene proprio in relazione all'opportunità di collegarne la funzionalità all'istituto della successione nel diritto controverso, allora disciplinato nel § 236 CPO⁸⁷⁷.

Tale opzione venne tuttavia presto scartata: sproporzionatamente pericoloso sarebbe stato ritenuto il pregiudizio a cui si esponeva il convenuto, potenzialmente privato dell'accesso al mercato del credito, in quanto incapace di offrire solide garanzie reali, anche a causa della trascrizione di una domanda pretestuosa e palesemente infondata⁸⁷⁸.

Queste furono le ragioni storiche per cui l'ordinamento tedesco non contempla tuttora l'istituto della trascrizione delle domande giudiziali. Eppure, chi si avventurasse a sfogliare un repertorio di giurisprudenza o una rivista specialistica del settore, scoprirebbe che nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale ha campeggiato negli ultimi decenni la figura del

⁸⁷⁵Tale fattispecie non rientra pacificamente nell'ambito di potenziale applicazione del *Rechtshängigkeitsvermerk* in quanto, in forza di quella scissione tra situazioni di vantaggio meramente obbligatorie e reali segnalata *supra* nel testo, la disciplina delle azioni personali segue altre vie rispetto a quella delle azioni reali.

⁸⁷⁶ Nella fattispecie si sarebbe dovuto trattare di una *Widerspruch*. Si tratta infatti di un rischio che neanche il § 265 ZPO sarebbe stato in grado di elidere. Infatti, in base alla disposizione del § 265 Abs. 3 ZPO, l'applicabilità della disciplina posta da tale norma trova un necessario *pendant* nella estensione degli effetti della sentenza al successore lite pendente disposta proprio dal § 325 ZPO.

⁸⁷⁷ Se ne riporta qui il testo integrale: *Motive zu dem Entwurfe eines Buergerlichen Gesetzbuches fuer das deutsche Reich*, III, 2. Aufl., Berlin, 1896, 217: “Der Beklagte wird durch die Rechtshaengigkeit nach § 236 CPO zwar nicht an der Veraeusserung des Streitgegenstandes gehindert, wohl aber in der Veruegung ueber denselben insofern beschraenkt, als er die Veraeusserung nur so vornehmen darf, dass das gegen ihn ergehende Urtheil in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Sondernachfolger wirksam und vollstreckbar ist. Diese Veruegungsbeschraenkung entbehrt jedoch zu Folge § 238 CPO kraft des Öffentlicher Glaube des Grundbuchs der Wirksamkeit, wenn die Rechtshaengigkeit dem Sondernachfolger bei der Erwerbung nicht bekannt gewesen ist, wobei nichts darauf ankommt, ob der Rechtsstreit nur ueber den Umfang eines eingetragenen Rechtes oder ueber das Bestehen eines nicht eingetragenen Rechtes gefuehrt wird. Wenn daher das Gesetz den Klaeger besonders schuetzen wollte, so muesste es auf seinen Antrag die Eintragung der Rechtshaengigkeit zulassen”

⁸⁷⁸ *Motive zu dem Entwurfe eines Buergerlichen Gesetzbuches fuer das deutsche Reich*, III, 2. Aufl., Berlin, 1896, 217: “Eine solche Vorschrift aber waere hoechst gefaehrlich, weil sie den Beklagten auch bei offenbarem Ungrunde der Klage den mit der Rechtshaengigkeitseintragung verbundenen Nachtheilen preisgeben, nicht selten kreditlos machen und dadurch dem Ruine entgegenfuehren koennte”

*Rechtshängigkeitsvermerk*⁸⁷⁹, un istituto che evidenzia diversi punti di contatto con quello per noi disciplinato dagli artt. 2652 e 2653 c.c.

Infatti, a partire dagli anni '60⁸⁸⁰ la giurisprudenza ha tentato, in via pretoria e al di là di qualunque disposizione normativa, di colmare la lacuna della disciplina positiva, sfruttando le possibilità lasciate aperte dall'ambigua formulazione della norma che nell'ordinamento processuale tedesco disciplina l'ambito soggettivo di efficacia della sentenza.

Il § 325 ZPO, infatti, dopo aver previsto che il successore lite pendente nel diritto controverso è direttamente investito dall'effetto di giudicato di una sentenza emessa contro il suo autore, al secondo comma esclude che al medesimo vincolo sia soggetto chi abbia acquistato *a non domino*⁸⁸¹. Per i beni immobili il riferimento correva proprio alla fattispecie acquisitiva a titolo originario prevista dal § 892 BGB, che poteva essere posta nel nulla – come si è visto – dall'iscrizione di una *Widerspruch*, ovvero dalla conoscenza, *aliunde* ottenuta, dell'irregolarità contenuta nel *Grundbuch*.

Si iniziò così a considerare la possibilità di sfruttare la funzionalità della litispendenza d'incidere sulla buona fede del terzo acquirente: l'annotazione della pendenza del processo nel registro immobiliare avrebbe di fatto determinato la mala fede dell'acquirente lite pendente. Quest'ultimo non solo non avrebbe potuto giovare dell'esclusione, ai sensi del § 325 Abs. 2 ZPO, dal vincolo del giudicato ottenuto contro il proprio dante causa, ma – secondo alcuni autori⁸⁸² – non avrebbe neanche potuto considerarsi acquirente a titolo originario ai sensi del § 892 BGB⁸⁸³.

La rapida diffusione dell'istituto ha incontrato il generale favore della dottrina, con rare voci di dissenso⁸⁸⁴. Il suo ambito di applicazione, nel concreto, si sovrapporrebbe a quello della

879 Mancando, ad oggi, un'opera monografica che ne tratteghi compiutamente la figura, la letteratura sul *Rechtshängigkeitsvermerk* si limita alle annotazioni delle isolate pronunce che ne hanno dato applicazione nei diversi ambiti dell'ordinamento e ai saggi apparsi nelle principali riviste giuridiche, soprattutto in materia immobiliare, oltre a trattazioni manualistiche e a commentari. Tra di essi, si rimanda in particolare a GURSKY, *sub* § 892 e *sub* § 899, in STAUNDIGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, X, 15a ed., Berlino, 2014, 587 s., 767 s.; KOHLER, *sub* § 899, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, XLIII, 6a ed., Monaco, 2013, 355 s., 389; BASSENGE, *sub* § 899, in PALANDT, *BGB*, 73a ed., Monaco, 2014, 1543.

880 Le prime pronunce a ritenere ammissibile il *Rechtshängigkeitsvermerk* risalgono a quel torno di tempo: OLG Stuttgart, Urt. v. 16.2.1960 - 6 U 115/59, in *NWJ*, 1960, 1109 s.; OLG München, Urt. v. 19.5.1965 - 12 U 643/65, in *NWJ*, 1966, 1030 s.

881 Come si vedrà nelle note seguenti, l'interpretazione della norma contenuta nel § 325 Abs. 2 ZPO ha dato luogo a notevoli contrasti in dottrina, molti dei quali ancora irrisolti. Si veda in proposito v. OLSHAUSEN, *Der Schutz des guten Glaubens an die Nicht-Rechtshängigkeit*, in *JZ*, 1988, 584 ss.

882 L'opinione che segue nel testo è contrastata nella dottrina tedesca. Secondo alcuni autori il § 325 Abs. 2 (ma lo stesso discorso potrebbe essere fatto per il § 266 Abs. 2) ZPO conterrebbe una vera e propria integrazione del diritto materiale, in forza della quale per tutte le fattispecie sostanziali configuranti un acquisto *a non domino* la buona fede andrebbe necessariamente riferita non solo alla effettiva legittimazione sostanziale del dante causa, ma anche alla mancata pendenza di una lite avente ad oggetto il diritto che si intende acquistare (in questo senso ROSENBERG, *Zivilprozessrecht*, 17a ed., Monaco, 2010, 556; BASSENGE, *op. cit.*, 1543). Altri autori, al contrario, ritengono che la buona fede riferita alla litispendenza (assieme a quella relativa alla effettiva disponibilità del dante causa) concorrerebbe ad integrare unicamente la fattispecie prevista dal § 325 Abs. 2, al fine di svincolare il successore dal giudicato che astringe il suo autore (in questo senso v. OLSHAUSEN, *op. cit.*, 592; GURSKY, *op. cit.*, 587 s.).

883 E' ricorrente nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca l'affermazione secondo cui la pendenza di una lite avente ad oggetto diritti su beni immobili non determina alcun divieto o limite alla loro disponibilità dei diritti su beni. In questo senso GURSKY, *op. loc. cit.*, 587, argomentando anche sulla base del disposto del § 265 ZPO, in base al quale la pendenza della lite non esclude la facoltà delle parti di alienare la cosa controversa o di cedere la pretesa fatta valere. Potrebbe parlarsi al riguardo di una sorta di effetto di fattispecie determinato dalla pendenza della lite, in quanto direttamente incidente sulla buona fede del terzo acquirente. Secondo GURSKY, *op. cit.*, 587, infatti, il richiamo effettuato dal § 325 Abs. 2 alle norme sull'acquisto *a non domino* avrebbe l'effetto di innalzare

884 In dottrina si esprimono a favore del *Rechtshängigkeitsvermerk* tutti gli autori citati alle note precedenti. Unica voce di dissenso, LICKLEDER, *Die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks im Grundbuch*, in *ZZP*, 2001, 195 ss.

Widerspruch, in quanto sarebbe ammesso unicamente in corrispondenza di azioni in cui venga in rilievo l'esistenza e l'estensione di un diritto reale⁸⁸⁵.

Il *punctum dolens* dei contrasti in giurisprudenza e dottrina, che si è lungamente trascinato nel tempo, aveva piuttosto riguardato i presupposti in base ai quali poter procedere al *Rechtshängigkeitsvermerk* in assenza del consenso del soggetto che risultasse formalmente titolare del diritto.

Secondo un primo e maggioritario orientamento, sarebbe bastata la prova della mera pendenza di un azione reale avente ad oggetto il diritto iscritto, da fornire direttamente all'ufficio del registro⁸⁸⁶. Il *Rechtshängigkeitsvermerk* non presupporrebbe, infatti, le stesse formalità richieste per la *Widerspruch*, vista la minore incisività della misura in quanto avente ad oggetto la sola pendenza della lite e non - almeno direttamente - una posizione giuridica soggettiva contrastante con quella risultante dai registri immobiliari. La temporanea incisione nell'altrui sfera di disponibilità si giustificerebbe alla luce del rischio, gravante sul soggetto che agisce in giudizio, di perdere definitivamente il diritto per effetto di un acquisto a titolo originario.

Un altro orientamento tendeva invece ad evidenziare l'analogia con l'istituto della *Widerspruch*. Entrambi avrebbero di fatto sortito il medesimo effetto nei confronti del soggetto iscritto: quello di rendere più difficoltosa la libera trasferibilità del diritto immobiliare o la possibilità di offrirlo in garanzia per la concessione di credito. Una così grave incisione nella sfera di disponibilità di un soggetto avrebbe dovuto necessitare, in applicazione analogica del § 899 Abs. 2 BGB, del filtro giudiziale costituito da un provvedimento di *einstweilige Verfügung*.

Con decisione del 7 marzo 2013⁸⁸⁷, il *Bundesgerichtshof* ha da ultimo avallato quest'ultimo orientamento, facendo perno sulla contiguità contenutistica ed effettuale tra le iscrizioni prese in considerazione: la scelta del legislatore tedesco di condizionare entrambe all'emissione di un provvedimento d'urgenza rappresenterebbe una consapevole scelta di politica del diritto, intangibile anche per il *Rechtshängigkeitsvermerk*⁸⁸⁸. A ciò si aggiunge anche la considerazione della sostanziale perdita di senso e di ogni utilità da parte di un istituto espressamente disciplinato dal legislatore sul piano dei suoi presupposti ed effetti - la *Widerspruch* appunto -, a tutto vantaggio di una figura di pura creazione giurisprudenziale, se e nella misura in cui quest'ultima si riveli assai più accessibile rispetto al primo nell'offrire all'attore le medesime utilità.

A seguito dell'arresto citato - e al netto di futuri *revirements* giurisprudenziali - per ottenere l'annotazione della pendenza della lite nel libro fondiario sarà necessario ottenere un provvedimento cautelare di *einstweilige Verfügung*, il cui presupposto sarebbe costituito unicamente dalla fondatezza *prima facie* della pretesa azionata, mentre il *periculum in mora*

⁸⁸⁵GURSKY, *op. cit.*, 588 instaura un parallelo con il § 265 ZPO relativo alla successione nel diritto controverso: dal momento che il compito del *Vermerk* sarebbe quello di portare ad espressione il carattere controverso del diritto sul bene immobile, ciò sarebbe da escludersi per azioni meramente obbligatorie, come quella volta ad acquisire la proprietà della cosa compravenduta ma non ancora trasferita.

⁸⁸⁶Ciò in applicazione analogica del § 22 GBO, che esclude la necessità del consenso del soggetto interessato per praticare un'iscrizione correttiva nel registro immobiliare (*Berichtigung*) quando l'inesattezza dello stesso possa essere provata con atto pubblico (§ 29 GBO). Tale, nel caso di specie, è da ritenersi il ricorso depositato e notificato che rende controverso un diritto reale iscritto.

⁸⁸⁷BGH v. 7.3.2013 - V ZB 83/12, pubblicata in *MDR*, 2013, 839, nonché in *NJW*, 2013, 2357.

⁸⁸⁸Il BGH si richiama, a tal proposito, ad un passaggio del materiale preparatorio alla redazione del BGB (*Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Mot. III, S. 217) che definiva "altamente pericolosa" la possibilità di permettere l'iscrizione della pendenza della lite sulla base della sola istanza dell'attore perché essa avrebbe esposto il convenuto, anche nel caso di domande palesemente infondate, al rischio di privarlo della possibilità di attingere al credito e di condurlo alla rovina.

sarebbe *in re ipsa*, visto il latente rischio che un terzo - confidando nella regolare tenuta dei registri immobiliari - acquisti a titolo originario i diritti iscritti ai sensi del § 892 BGB.

Le reazioni dei primi commentatori alla presa di posizione del BGH appaiono contrastanti, influenzate dalla personale visione degli autori in ordine alla posizione sistematica occupata dall'istituto del *Rechtshängigkeitsvermerk* nell'ambito dell'ordinamento tedesco. A predominare è in ogni caso la constatazione, che giunge in alcuni casi a connotarsi degli accenti di vera e propria rassegnazione, secondo cui la nuova configurazione offerta all'istituto sembrerebbe condannarlo alla pratica inoperatività, se non del tutto all'estinzione, vista l'equipollenza effettuale e in punto di presupposti con la *Widerspruch*⁸⁸⁹.

67. Il coordinamento tra l'art. 111 c.p.c. e la trascrizione delle domanda ex art. 2932 c.c.

La dottrina ha da tempo messo in rilievo le analogie tra la *Vormerkung* e la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c.

Ebbene, tale analogia sembra confermarsi anche nel suo coordinamento con la disciplina della successione nel diritto controverso, almeno secondo una interpretazione piuttosto diffusa nella giurisprudenza. Infatti, un consolidato e risalente orientamento della Suprema Corte ritiene che “proposta e trascritta domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di compravendita, il terzo avente causa dal convenuto in base ad un contratto di compravendita trascritto dopo la trascrizione della domanda giudiziale [...] non è da considerare successore a titolo particolare nel diritto controverso e non è quindi titolare dei poteri processuali di cui all'art. 111 c.p.c.”⁸⁹⁰.

Le motivazioni degli arresti si fondano in particolare sulla considerazione della diversità del diritto fatto valere nel processo (diritto alla modificazione giuridica o azione concreta ex art. 2932 c.c.) e diritto oggetto del trasferimento a favore dell'acquirente in pendenza di giudizio (il bene oggetto del contratto preliminare). Ne discende che – secondo tale ricostruzione – al terzo avente causa dal convenuto dovrebbe riconoscersi la qualifica di interveniente adesivo dipendente, in quanto tale non legittimato a impugnare autonomamente la pronuncia emessa all'esito del processo⁸⁹¹.

In senso contrario, tuttavia, si segnala un diverso e più recente orientamento tendente a ricomprendere anche dette domande nell'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c.⁸⁹² sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata di tale disposizione. Si afferma infatti che l'interpretazione da dare all'espressione ‘diritto controverso’ è “influenzata dalla modifica dell'art. 111 Cost. che, assumendo come principio cardine quello del giusto processo – coniugato con il diritto di difesa sancito e tutelato dall'art. 24 Cost. – impone – di orientare l'ermeneutica delle norme regolatrici del processo nel senso di concentrare in un unico procedimento la tutela degli interessi coinvolti, ivi comprendendovi l'esame delle vicende *latu sensu* successorie che li possano interessare. Tale interpretazione [...] fa sì che l'acquirente del

⁸⁸⁹In questo senso ZINTL, *Die Bedeutung des Rechtshängigkeitsvermerk gegen den Willen des Betroffenen*, in *MDR*, 2014, 1240 ss., in part. 1242, secondo il quale l'istituto avrebbe perso ogni autonomo significato a fronte della possibilità di iscrivere, con i medesimi presupposti, una *Widerspruch*,

⁸⁹⁰Così Cass., 20 dicembre 1980, 6574, in *Foro it.*, 1981, I, 359; in senso conforme Cass., 29 gennaio 1993, n. 1128; Cass., 27 gennaio 2012, n. 1233

⁸⁹¹Infatti, il dato che accomuna le sentenze citate alla nota precedente risiede nella declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione autonomamente proposta dal terzo avente causa.

⁸⁹²In questo senso Cass. 26 maggio 2003, n. 8316, secondo la quale “si verifica successione a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c. tutte le volte che, a seguito del trasferimento in corso di causa per atto inter vivos della res litigiosa [...] gli effetti del provvedimento giurisdizionale che definisce la lite incidono in negativo o in positivo nella sfera giuridica di soggetti diversi da quelli che rivestivano inizialmente la posizione di attore o di convenuto”.

bene che intenda intervenire nel processo, abbia le stesse possibilità di difesa del suo autore contro le deduzioni avversarie mentre, assumendo che egli sia soggetto solo all'efficacia riflessa della sentenza *inter alios*, potrebbe esplicitare le proprie difese, in sede di gravame, solo nell'ambito di quelle esercitate dal proprio dante causa: situazione questa che potrebbe rivelarsi pregiudizievole nel momento in cui il proprio venditore non coltivi adeguate difese contro il promissario acquirente, determinando così lo stabilizzarsi di situazioni sfavorevoli al terzo. [...] deve allora negarsi che la differente natura – personale o reale – del diritto fatto valere rispetto a quello costituente la fonte della legittimazione del terzo, non può essere d'ostacolo a che l'acquirente sia considerato successore 'nel diritto controverso' atteso che quest'ultimo è qualificato dal rapporto con il bene oggetto, ad un tempo, di preliminare e di cessione al terzo⁸⁹³.

Ora, sebbene l'azione ex art. 2932 c.c. esuli propriamente dalla ratio che si è potuta rinvenire nel corso del presente lavoro come immanente all'istituto della successione nel diritto controverso, non si hanno motivi per non accogliere un'interpretazione estensiva dell'art. 111 c.p.c. fondata su una lettura costituzionalmente orientata della norma citata.

68. L'ambito di applicazione del § 266 ZPO e la successione nel diritto controverso

Come si è già osservato, l'ordinamento tedesco prevede al § 266 ZPO⁸⁹⁴ una disciplina derogatoria, rispetto alla classica regolamentazione della successione nel diritto controverso contenuta nel § 265 ZPO, nelle ipotesi in cui il giudizio verta sull'esistenza o sull'inesistenza di un diritto, di un onere o di un obbligo inerente ad un immobile (*Recht und Last auf einem Grundstueck*), ad una nave ovvero – per estensione analogica rispetto ai casi espressamente disciplinati – ad un aereo.

Secondo la dottrina tedesca la norma in esame trova applicazione di massima ai giudizi relativi a diritti reali di godimento (servitù §§ 1018 ss. BGB, usufrutto §§ 1030 ss. BGB) o di garanzia (ipoteca 1113 ss. BGB), agli oneri reali (§§ 1105 ss. BGB) nonché a tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti di vicinato le quali, in quanto tali, sarebbero pertanto sottratte al diverso regime previsto dal § 265 ZPO ancorché astrattamente suscettibili di rientrarvi. In esse rientrano, a titolo di esempio, la materia delle immissioni (906 ss. BGB)⁸⁹⁵, le azioni volte alla costituzione di servitù (917 BGB)⁸⁹⁶, quelle di regolamento dei confini (919 ss. BGB), nonché eventuali inibitorie a tutela di un diritto reale limitato su di un fondo altrui (1004 BGB)⁸⁹⁷.

La deroga alla generale disciplina processuale consiste fondamentalmente nella previsione dell'onere e del diritto da parte dell'acquirente in corso di causa di intervenire nel

893 Cass., 17 luglio 2012, n. 12305, CED Cassazione, 2012

894 Per praticità si riporta nuovamente il testo del § 266 ZPO “*Veräußerung eines Grundstücks (1) Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, das für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, die auf einem Grundstück ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen. Entsprechendes gilt für einen Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Verpflichtung, die auf einem eingetragenen Schiff oder Schiffsbauwerk ruhen soll. (2) Diese Bestimmung ist insoweit nicht anzuwenden, als ihr Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entgegenstehen. In einem solchen Fall gilt, wenn der Kläger veräußert hat, die Vorschrift des § 265 Abs. 3*”

895 BGH, Urteil vom 15. 2. 2008 – V ZR 222/06: “§ 266 Abs. 1 ZPO erfasst auch die Veräußerung des Grundstücks, von dem Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ausgehen, während des Rechtsstreits über die Abwehr dieser Einwirkungen nach § 1004 Abs. 1 BGB i. V. m. § 906 BGB; bis zur Übernahme durch den Rechtsnachfolger führt der Rechtsvorgänger den Rechtsstreit weiter”.

896 OLG Karlsruhe, 25.01.1995 - 6 U 198/93, in *Neue Juristische Wochenschrift-RR* 1995, 1042

897 L'elencazione era meramente esemplificativa. Nel dettaglio si vedano

processo e di assumere la lite al posto del suo antecessore, anche senza il previo consenso di quest'ultimo o della controparte.

Diverse sono le giustificazioni avanzate in dottrina per spiegare la ragione del trattamento differenziato di dette ipotesi. Secondo un primo orientamento ampiamente diffuso essa sarebbe da individuare nel diverso regime di circolazione dei beni immobili il quale – con le formalità che richiede in riferimento al negozio di investitura (*Auflassung*) e alla necessità di iscrizione nel libro fondiario – impedirebbe già di per sé alla parte alienante di porre in essere un trasferimento dell'immobile in corso di causa al solo scopo di pregiudicare la controparte⁸⁹⁸. A tale rilievo si aggiunge generalmente una considerazione generale sul significato e sull'importanza economica che le controversie immobiliari sono suscettibili di assumere, dal che la valutazione del legislatore in merito all'opportunità di prevedere la diretta partecipazione del successore al processo⁸⁹⁹.

Secondo una diversa opinione, la diversità di regime si giustificerebbe nella mancanza di interesse da parte del dante causa alla prosecuzione del processo in tale tipologia di controversie⁹⁰⁰.

Si tratta di considerazioni che, pur contenendo un fondo di ragionevolezza, non sembrano tuttavia in grado di giustificare del tutto l'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto al § 265 ZPO: in primo luogo, infatti, anche nelle fattispecie riconducibili a tale ultima previsione il dante causa perde nella stessa misura interesse alla conduzione del processo⁹⁰¹.

Anche il rilievo delle peculiarità concernenti le controversie relative a beni immobili disciplinate dal § 266 ZPO non è sufficiente a rendere ragione del fatto che – per esempio – le azioni di rivendica (§ 985 BGB), quella di rettifica del libro fondiario (§ 894 BGB), nonché quella nascente dalla lesione della *Vormerkung* (§ 883, Abs. 2, 888 BGB) ancorché possano essere riferite alle prime, vengono tuttavia pacificamente ricondotte alla disciplina del § 265 ZPO⁹⁰².

In realtà le ragioni dell'esistenza dell'autonoma previsione del § 266 ZPO sono prettamente storiche, e sembrano di nuovo risiedere nella particolare concezione, diffusa all'epoca della redazione della *Civilprozessordnung*, dei diritti che le si sarebbe voluto ricondurre. Si trattava infatti di situazioni giuridiche – diritti ed obblighi relativi a beni immobili – la cui titolarità si riteneva di dover attribuire direttamente all'immobile, mentre il proprietario di quest'ultimo ne sarebbe stato mero rappresentante in giudizio⁹⁰³. Ciò significava che la modificazione dell'elemento personalistico di tali controversie, conseguente al trasferimento in corso di causa dell'immobile a cui detti diritti ed obblighi inerivano, sarebbe già stata di per sé

898 In questo senso ASSMANN, § 266, in WIECZOREK/SCHUETZE, *Zivilprozessordnung*, cit., 530; ROTH, § 266, in STEIN/JONAS, *Kommentar*, cit., 422, (“die Gefahr von Manipulationen zu Lasten des Gegners eher theoretisch bleibt”) e così anche BECKER-EBERHARD, § 266, in *Muenchener Kommentar*, cit., 1612; nonché GREGER, § 266, in ZOELLER, *Zivilprozessordnung*, 30 Aufl., Koeln, 2014, 884 s.

899 Sul punto si veda ancora ROTH, § 266, in STEIN/JONAS, *Kommentar*, cit., 422: “Im Ergebnis wird der Erwerber auch wegen der wirtschaftlichen Bedeutung von Grundstuecksveraeusserung vor einer schlechten Prozessfuehrung des Rechtsvorgaengers bewahrt”

900 Così LENT/JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 12. Aufl., 1965; THURM, *Die Stellung des Vaeusserers der streitbefangenen Sache im Prozess*, Freiburg, 1936, 42

901 In tal senso anche Grunsky, 119 s.

902 Così infatti tra tutti ASSMANN, § 266, in WIECZOREK/SCHUETZE, *Zivilprozessordnung*, cit., 532

903 Così gli stessi lavori preparatori: HAHN, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Materialien zur Zivilprozessordnung*, II Bd., Berlin, 1880, 262, che si richiamano a WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl., Leipzig, 1878, 44, nt. 8, secondo il quale: “In den meisten der hier in Betracht kommenden Faelle ist die streitige Berechtigung an ein Grundstueck geknuepft, und das Eigenthum an diesem Grundstueck das bedingende Rechtsverhaeltniss, was sich so ausdruecken laesst, dass das Grundstueck als das berechnigte oder verpflichtete Subjekt und der Eigenthuemer als dessen Vertreter anzusehen sei”

irrilevante sul piano processuale, e dunque non sarebbe stato necessario applicare in riferimento ad esse quella medesima *ratio* di tutela della controparte – segnatamente la irrilevanza del trasferimento – che invece ispirava il § 265 ZPO⁹⁰⁴.

Nonostante la mancanza di una disposizione *ad hoc* nell'ordinamento processuale italiano, non si vede alcun motivo per non ritenere applicabile l'art. 111 c.p.c. nelle corrispondenti controversie disciplinate dal diritto italiano. Così, in particolare nelle azioni di regolamento dei confini (art. 950 c.c.), quella per apposizione di termini (951 c.c.), nelle azioni a difesa della servitù e degli altri diritti reali limitati (1079 c.c.) e di costituzione delle stesse (1031 c.c.), nonché in materia di immissioni (art. 844 c.c.)⁹⁰⁵

69. Successione nel diritto controverso e impugnativa di delibere societarie: il diritto vivente nell'ordinamento tedesco

Negli ultimi decenni ha campeggiato nella letteratura tedesca un vivace dibattito relativo all'applicabilità del § 265 ZPO alle controversie relative all'impugnazione di delibera assembleare societaria, nell'ipotesi in cui il socio in pendenza del giudizio perda, volontariamente o meno, la propria partecipazione societaria. Seppur nella necessaria sintesi imposta dalla specificità della materia, non sembra senza interesse riferire i termini in cui quel dibattito è stato condotto in Germania; soprattutto in previsione delle analoghe problematiche che potranno sorgere in relazione all'interpretazione dell'art. 2378, 2° comma c.c., che ha – implicitamente – reso applicabile anche in Italia a tali controversie l'art. 111 c.p.c.

In realtà, il recente dibattito tedesco ha investito unicamente la questione dell'operatività del § 265 ZPO all'impugnazione delle delibere di società per azioni (*Aktiengesellschaft*, in proseguo AG), dal momento che per quelle delle società a responsabilità limitata (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, in proseguo GmbH) e delle società cooperative la giurisprudenza del BGH⁹⁰⁶ – seguita dalla dottrina⁹⁰⁷ – ammette da tempo l'applicazione analogica del § 265 ZPO nel caso in cui il socio, in pendenza del giudizio di impugnativa, trasferisca a terzi la propria partecipazione sociale. In tale ipotesi non si dubita infatti che l'ormai ex-socio possa proseguire il giudizio, nella misura in cui vi abbia un

904 A tale argomento i lavori preparatori HAHN, *Die gesamten Materialien*, cit., 262, aggiungono una ulteriore considerazione – che risulta però piuttosto oscura – circa la necessità di tutelare la circolazione giuridica (“Beduerfnis des Rechtsverkehrs”) nonché il sospetto che senza una simile previsione – in riferimento alla necessaria partecipazione del successore al giudizio – si sarebbe potuto dubitare che il processo potesse pervenire a un risultato vincolante per l'alienante (“zu einem den Veraeusserer bindenden Ergebnisse”). E' probabile che l'ultimo passo riportato fosse frutto di un errore di battitura, e che in realtà si volesse far riferimento ad un risultato vincolante per il successore.

905 In materia di immissioni moleste eccedenti la normale tollerabilità si veda Cass., 29 novembre 1999, n. 13334, secondo cui nel caso di immissioni moleste eccedenti la normale tollerabilità, di cui all'art. 844 c.c., l'alienazione del fondo non spiega alcuna influenza sulla legittimazione dell'originario proprietario a proseguire tale giudizio, sempre che non risulti che sia stato ceduto all'acquirente anche il diritto di credito al ristoro dei danni stessi. Cass. civ. Sez. III, 16-06-1987, n. 5287

906 Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale che – a quanto consta – pare essersi consolidato a partire dagli anni '60. Si vedano in proposito: BGH v. 25.2.1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261 ss., 266 s.; BGH v. 21.10.1968 – II ZR 181/66; BGH, NJW 1969, 133; BGH, WM 1974, 392 s.; BGH DB 1974, 716 s.; BGH DB, 1974, 717; tra le più recenti, cfr. AG BGH v. 9.10.2006 – II ZR 46/05; OLG Duesseldorf (in senso contrario tuttavia BGH, in AG 1999, 180, ma si trattava di un'ipotesi di morte del socio). Per le società cooperative (Genossenschaft) l'orientamento in parola risale addirittura all'epoca del *Reichsgericht*; si veda al riguardo RGZ 66, 134 s.

907 Cfr. HEISE/DREIER, *Wegfall der Klagebefugnis bei Verlust der Aktionärsseigenschaft im Anfechtungsprozess*, in *Betriebs-Berater*, 2004, 1126 ss., 1127; FICHTELMANN/BARTL, *GmbH-Recht*, 7. Aufl., 2014, 512; ZOELLNER, *Anh § 47*, in BAUMBACH/HUECK, *GmbHG*, 19. Aufl., Muenchen, 2010, 1159; GEHRLEIN/EKKENGA/SIMON, *GmbHG*, 2. Aufl., 2015; REISER, *Anh § 47*, in ULMER/HABERSACK/LOEBBE, *GmbHG Grosskommentar*, 2. Aufl., 2014, 1816; SCHMIDT, § 45, in SCHOLZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, II, 11. Aufl., 2014, 2500 s.

interesse, e che il successore possa intervenire e finanche assumere la lite con il consenso delle parti originarie.

Per quanto riguarda invece le società per azioni, l'opinione prevalente fin sul finire del secolo scorso riteneva che la qualità di socio sarebbe stata richiesta per tutto il corso del procedimento⁹⁰⁸, dal momento che – ai sensi del § 245 Nr. 1 AktG – la legittimazione ad impugnare le loro delibere è riconosciuta solo al socio che sia comparso in assemblea ed abbia messo a verbale la propria opposizione alla medesima⁹⁰⁹. Tale legittimazione sarebbe stata considerata strettamente personale, e il suo venir meno nel corso del procedimento avrebbe determinato inevitabilmente il rigetto della domanda⁹¹⁰.

Ulteriore argomento in tal senso sarebbe stato fornito dalla considerazione che il cessionario della partecipazione sociale non sarebbe legittimato ad impugnare una delibera, ancorché illegittima, approvata prima del suo ingresso nella compagine sociale, perché la posizione sociale acquistata sarebbe già stata conformata da tale delibera, e dunque anche nel caso in cui l'impugnativa della delibera fosse già stata proposta, il cessionario vi sarebbe comunque vincolato⁹¹¹.

In progresso di tempo, tuttavia, l'opinione favorevole all'applicabilità del § 265 ZPO ha iniziato a guadagnare consensi fino a risultare, al giorno d'oggi, del tutto maggioritaria se non anche indiscussa⁹¹². Vi era certo consapevolezza che, nel caso di specie, la controversia non verteva né sulla qualità di socio, né sul potere di impugnativa in sé considerato; tuttavia si sottolineava come, dipendendo la legittimazione ad agire dalla partecipazione sociale, la fattispecie sarebbe stata del tutto equiparabile a quelle disciplinate dal § 265 ZPO. Si faceva inoltre valere quello che era oramai diventato diritto vivente in relazione all'impugnativa di delibera di società a responsabilità limitata⁹¹³.

908 In tal senso GODIN/WILHELMI, *Aktiengesetz*, 4. Aufl., 1971, 1366, secondo il quale: “Zur Anfechtung befugt sind die Aktionäre [...] sie müssen die Aktionäreigenschaft von der Hauptversammlung bis zur Beendigung des Rechtsstreits besitzen, anderenfalls die Klage abgewiesen werden muss, und zwar als Sachentscheidung. Verliert der Kläger während der Dauer des Rechtsstreits seine Aktionäreigenschaft, verliert er auch das Prozessführungsrecht”; in senso conforme: SEMLEL, in *Muenchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, IV, 2. Aufl. 1999, § 41 Rn. 58; HENN, *Handbuch des Aktienrecht*, 5. Aufl., 1994, Rn. 939; HUEFFER, § 245, in *Muenchener Kommentar-AktG*, 5. Aufl., 1994, Rn. 939; in giurisprudenza cfr. ancora agli inizi del secolo LG Mainz, Urteil vom 17.2.2004, in *Der Betrieb*, 2004, 807 s.

909 Disposizioni che applicabilità delle disposizioni in punto di legittimazione all'impugnativa di delibere delle AG di cui al § 245 Nr. 1-3 anche alle GmbH, ZOELLNER, in BAUMBACH/HUECK, *GmbH*, 19. Aufl., Muenchen, 2010, Ahn § 47, Rn. 136, 1158.

910 In tal senso in giurisprudenza, LG Mainz, Urteil 17.2.2004 – 10 HK O 79/97, in *Betriebs-Berater*, 2004, 1132 s., in *Der Betrieb*, 2004, 807 s.: “Eine Fortdauer der Klagebefugnis in entsprechender Anwendung des § 265 Abs. 2 ZPO lässt sich nicht bejahen”; in dottrina: SCHILLING, *Aktiengesetz Grosskommentar*, III, 1973, 375, “Mit der Verraeusserung an einen Einzelrechtsnachfolger oder durch Ausschliessung [...] geht das Anfechtungsrecht unter”; Arens, Streitgegenstand, 93; Diekgraef; Hueck; Beyerle, DB 2004, 1982, 827 ss.

911 Inoltre – si è sostenuto – il § 265 ZPO non potrebbe essere applicato al caso di specie, perché la previsione riguarderebbe solo il trasferimento del diritto controverso e della legittimazione ad agire, non il suo unilaterale venir meno. Così Hueck, *Anfechtbarkeit*, 139.

912 La prima voce ad esprimersi in tal senso è stata quella di HORROWITZ, *Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien*, 1913, 106 s. In proseguo di tempo si vedano: HUEFFER, § 245, in GESSLER, *Aktiengesetz*, V, 1984, 138; FICHTELMANN/BARTL, *GmbH-Recht*, 7. Aufl., 512; ZOELLNER, in BAUMBACH/HUECK, *GmbH*, 19. Aufl., Muenchen, 2010, Ahn § 47, Rn. 137, 1159; AnwK-Heidel, AktG, § 245 Rn. 7; Baumbach/Hartmann, ZPO, § 265 Rn. 6.9; Feltkamp, *Anfechtungsklage*, 25 ss.; Gessler/Hueffer, AktG, § 245 Rn. 26; GrosskommAktG-Schmidt, § 245 Rn. 17, § 246 Rn. 30; Happ, *Die GmbH im Prozess*, § 19 Rn. 52;

913 In tal senso HEISE/DREIER, *Wegfall*, cit., 1127; Hueffer, AktG, § 245 Rn. 8; Hueffer, *MuenchKomm*, AktG, § 245, Rn. 24; Schmidt, *GrosskommAktG*, § 245 Rn. 17; Zoellner, *Koellner Komm.*, zum AktG, 1976, § 245 Rn. 23. Secondo Schmidt *GrosskommAktG*, § 246 Rn. 30, l'acquirente di una quota azionaria può divenire attore in via di Parteivwechsel.

Inoltre, le stesse considerazioni si sarebbero riproposte – e a più forte ragione – non solo in caso di volontaria cessione della partecipazione sociale da parte dell'attore, ma anche in ipotesi di esclusione di quest'ultimo dalla compagine sociale in seguito ad un'operazione di cd. Squeeze out⁹¹⁴.

Oggi, dunque, può considerarsi acquisizione consolidata nella dottrina e giurisprudenza tedesche quella per cui il § 265 ZPO trovi applicazione anche in relazione all'impugnativa di delibere di società per azioni. L'oramai ex-socio è pertanto ritenuto pienamente legittimato a proseguire il giudizio già iniziato, mentre il cessionario del pacchetto azionario potrà intervenire nel processo sempre con il consenso della società e del proprio dante causa⁹¹⁵.

Il tutto – si specifica – a condizione che il socio cedente abbia un interesse giuridico alla prosecuzione del processo e manifesti la propria volontà in tal senso⁹¹⁶, non potendo bastare che sia il solo cessionario a voler proseguire il giudizio⁹¹⁷. Constatazione quest'ultima di non poco momento, che sembra implicitamente affermare come l'applicazione del § 265 ZPO sarebbe volta – almeno in materia di impugnativa di delibere assembleari – a tutelare l'interesse della stessa parte che ha dato luogo alla successione piuttosto che quello della controparte⁹¹⁸.⁹¹⁹

Sembra profilarsi in definitiva – almeno nella materia qui presa in esame – una sorta di modificazione funzionale dello stesso istituto della successione nel diritto controverso, che pare potersi giustificarsi alla luce del particolare contesto – quello societario – nel quale il § 265 ZPO è chiamato in questi casi ad operare.

Non è del resto un caso che gli interpreti tedeschi si siano trovati in evidenti difficoltà nel tentativo di conciliare la stessa *littera legis* del § 265 ZPO con la prassi applicativa che si andava avallando e delineando nella giurisprudenza. In tale contesto si è per esempio affermato che – a prescindere dall'oggetto della delibera impugnata – sarebbero le medesime quote e azioni sociali⁹²⁰, ovvero la stessa qualità di socio trasferita in corso di lite⁹²¹ a risultare “controverse” nel senso della disposizione legislativa citata.

Un discorso in parte diverso è stato invece condotto in letteratura in relazione all'azione di nullità di delibera assembleare ai sensi del § 249 AktG, in relazione alla quale deve registrarsi ancora un certo contrasto tra gli interpreti.

Secondo un prima e minoritaria opinione, infatti l'azione di nullità proposta dal socio che in corso di giudizio perda tale qualità sarebbe infatti comunque ammissibile e qualificabile come azione generale di accertamento ai sensi del § 256 ZPO⁹²²; al contrario, l'azione di accertamento della nullità proposta ai sensi di tale disposizione da un terzo che venga ad

914 Sul punto HEISE/DREIER, *Wegfall*, cit., 1127,

915 FICHTELMANN/BARTL, *GmbH-Recht*, 7. Aufl., 512

916 Tra tutti si veda ZOELLNER, in BAUMBACH/HUECK, *GmbH*, 19 Aufl., Muenchem, 2010, Ahn § 47, Rn. 136, 1159

917 FICHTELMANN/BARTL, *GmbH-Recht*, 7. Aufl., 512. Fattispecie che sarebbe da distinguere dall'ipotesi in cui sia solo il cessionario della partecipazione sociale a voler proseguire il giudizio. In tal caso si afferma infatti che, dal momento che il cessionario non era ancora socio nell'istante in cui la delibera è stata adottata, sarebbe quantomeno contraddittorio riconoscergli un interesse alla prosecuzione del processo dato che per di più questi, nonostante la conoscenza della pendenza del processo e, dunque, della dell'eventuale illegittimità della delibera, ha ciononostante deciso di investire nella società e di far ingresso nella compagine sociale. Espressamente sul punto HEISE/DREIER, *Wegfall der Klagebefugnis*, cit, 1126 ss., nonché un accenno in tal senso in OLG Celle, AG 1984, 266; Beyerle, DB 2004, 1982, 827 ss.

918 Ciò emerge in particolare da HEISE/DREIER, *Wegfall*, cit., 1127, secondo cui “Dieser Aktionaer [der alte] ist besonders schutzwuerdig, da er die Aufrechterhaltung seines persoenlichen Rechts beansprucht. Sein Klagerecht wuerde ueber Gebuehr verkuerzt, wenn man ihm den Wegfall der Aktionaerseigenschaft entgegenhalten koennte”.

919 In giurisprudenza BGH ZIP 1993, 1228 s.; OLG Duesseldorf GmbHR 2001, 1049, 1052. In dottrina:

920 MK-Lueke, ZPO, § 265 Rn. 28; Zoeller/Greger, ZPO, § 265 Rn.3

921 Schmidt, GrosskommAktG, § 245 Rn 19

acquistare lite pendente la qualità di socio si convertirebbe automaticamente in un'azione di nullità ai sensi del § 249 AktG⁹²³.

Secondo diverso e maggioritario orientamento, invece, anche per le azioni di nullità nel caso in cui un socio azionario trasferisca a terzi la propria partecipazione sociale, troverebbe comunque applicazione il § 265 ZPO, e dunque l'alienante sarebbe legittimato a proseguire il giudizio così come nel caso di impugnativa di delibera assembleare ai sensi dei §§ 241 ss. AktG⁹²⁴, e l'azione esercitata continuerebbe ad essere quella di nullità per tutto il corso del processo⁹²⁵.

70. (Segue) Il coordinamento tra l'art. 2378, 2° comma c.c. e l'art. 111 c.p.c.

Nell'ordinamento italiano il problema del coordinamento dell'istituto della successione nel diritto controverso con la impugnativa di delibere societarie si è posto all'indomani della riforma del diritto societario operata con il d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, il quale – riformando l'intero art. 2378 c.c. – ha introdotto al suo secondo comma la seguente disposizione: “Fermo restando quanto disposto dall'art. 111 c.p.c., qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimenti per atto tra vivi il richiesto numero delle azioni, il giudice [...] non può pronunciare l'annullamento e provvede sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto”.

Il riferimento al “richiesto numero delle azioni” corre alla disposizione dell'art. 2377, 3° comma c.c.⁹²⁶ il quale – come ben noto – prevede che l'impugnazione possa essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito.

Si tratta sicuramente di una norma di oscura formulazione che solleva più di un dubbio interpretativo, soprattutto in relazione al problema – che qui particolarmente interessa – del suo coordinamento con la prevista salvezza della disposizione dell'art. 111 c.p.c.

La dottrina unanime ha infatti colto l'intrinseca contraddizione tra il principio ispiratore della successione nel diritto controverso, che tenderebbe a rendere il processo insensibile a mutamenti sopraggiunti della legittimazione ad impugnare, e la disciplina specifica dettata dall'art. 2378, 2° comma c.c. che – al contrario – fa dipendere dal sopraggiunto difetto del quorum azionario legittimante all'impugnativa la reiezione della domanda di annullamento⁹²⁷.

922 Così BGH AG 1999, 180, 181; Gessler/Hueffer, AktG, § 249 Rn. 14; Hueffer, AktG, § 249 Rn. 6; MK-Hueffer, AktG, § 249 Rn. 13.

923 Gessler/Hueffer, AktG, § 249 Rn. 13; Hueffer, AktG, § 249 Rn. 6; MK-Hueffer, AktG, § 249 Rn. 12; in senso contrario tuttavia GrosskommAktG-Schmidt, § 249 Rn. 14, secondo il quale nell'ipotesi di passaggio dall'azione generale di accertamento all'azione di nullità si determinerebbe una modificazione della domanda.

924 GrosskommAktG-Schmidt, § 249 Rn. 15.

925 KK-Zoellner, AktG, § 249 Rn. 13. A tale opinione accede anche Schwab (368) sulla base di una considerazione analogica con il giudizio di impugnativa di delibera assembleare, dal momento che l'azione di nullità implica sempre quella di annullamento e viceversa: se quest'ultima può essere efficacemente seguita dall'alienante ex socio ai sensi del § 265, lo deve essere anche l'azione di nullità.

926 “L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito. Per l'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee speciali queste percentuali sono riferite al capitale rappresentato dalle azioni della categoria”.

927 Si tratta di osservazione comune a tutti i commentatori della disposizione. Cfr. CARRATTA, *Procedimento di impugnazione*, in CHIARLONI, *Il nuovo processo societario*, 2ª ed., Bologna, 2008, 1422 osserva come l'art. 111 c.p.c. ponga una regola del tutto opposta a quella dell'art. 2378, 2° comma c.c., “e dunque non è chiaro entro quali limiti si possa ammettere l'applicazione dell'art. 111 c.p.c. anche nella fattispecie qui presa in esame”; SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378*, in ABBADESSA/PORTALE, *Il nuovo diritto delle società*, II, Torino, 2007,

Non è chi non veda infatti come, presa ciascuna delle due disposizioni alla lettera, si perverrebbe inevitabilmente ad una interpretazione, di fatto, abrogante dell'una ovvero dell'altra⁹²⁸

Si è così sostenuto che il senso fatto proprio dal combinato disposto delle norme in esame risiederebbe nella *perpetuatio legitimationis* dell'attore nelle sole ipotesi in cui il trasferimento per atto tra vivi delle azioni non comporti anche il venir meno del numero minimo delle stesse ai sensi dell'art. 2377, 3° comma, c.c.⁹²⁹: in tal caso il processo proseguirà tra le parti originarie, mentre il socio acquirente potrà in ogni caso farvi intervento. Al contrario, allorché la cessione delle azioni in corso di causa determini il venir meno del prescritto quorum, la legittimazione dell'attore verrà meno, con le inevitabili conseguenze previste dall'art. 2378, 2° comma c.c.⁹³⁰

Tuttavia, potrebbe al contrario obiettarsi che una simile interpretazione si sarebbe potuta sostenere anche in assenza del richiamo all'art. 111 c.p.c., e che di fatto la lettura proposta si risolva in una abrogazione implicita della clausola di salvezza per esso prevista⁹³¹

La necessità di valorizzare interpretativamente quest'ultima suggerirebbe invece di accogliere l'orientamento espresso dalla dottrina maggioritaria secondo cui il richiamo effettuato dall'art. 2378, 2° comma c.c. all'istituto della successione nel diritto controverso andrebbe inteso come limitato al 3° comma dell'art. 111 c.p.c.⁹³². In tal modo, si concederebbe la possibilità al cessionario della partecipazione sociale di intervenire spontaneamente nel processo, con ciò ripristinando il quorum azionario necessario per il perseguimento dell'impugnativa.

In ogni caso l'art. 2378, 2° comma c.c. prevede che nel caso venga meno il prescritto numero di azioni, il giudice non potrà pronunciare l'annullamento, mentre dovrà provvedere "sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto". Sembra pacifico che in tale ipotesi dovrà rendersi necessaria una sentenza di rito di difetto di legittimazione che potrà eventualmente disporre la revoca del provvedimento di sospensione della deliberazione assembleare ove sia stata pronunciata⁹³³.

In riferimento alla pronuncia sul risarcimento dei danni, ci si è chiesti se la relativa domanda dovesse essere già proposta a monte⁹³⁴ ovvero se possa essere formulata anche nel momento in cui viene a mancare il quorum azionario⁹³⁵. Sembra doversi preferire questa seconda soluzione, in considerazione del fatto che la prima opzione si rivelerebbe

255 ss., 278, nota che "se il processo prosegue fra le parti originarie [...] non si dovrebbe attribuire rilevanza all'avvenuto trasferimento".

928 MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (seconda parte): l'impugnazione*, in *Le società*, 2003, 673 ss., 677

929 In questo senso CARRATTA, *Procedimento di impugnazione*, cit., 1422 s.

930 CARRATTA, *Procedimento di impugnazione*, cit., 1423

931 In questo senso anche MUSCOLO, *Il nuovo regime*, cit., 677

932 Propende per tale soluzione la dottrina assolutamente maggioritaria, cfr. MUSCOLO, *Il nuovo regime*, cit., 677; DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 1184, 1191, nt. 13; SANZO, *sub art. 2378*, in COTTINO, *Il nuovo diritto societario*, 637 ss.; FERRI, *Le impugnazioni di delibere*, 58 s.; SCALA, *Profili processuali*, cit., 278 s.; GUERRIERI, *sub art. 2378*, in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2017, 642; Arieta/De Santis, *Diritto processuale societario*, 426; Sacchi/Vicari, 647. In senso critico su tale interpretazione tuttavia si veda CARRATTA, *Procedimento di impugnazione*, cit., 1423, sulla base del rilievo che l'art. 111 c.p.c. è richiamato nella sua interezza e non solo in riferimento al suo 3° comma.

933 GUERRIERI, *sub art. 2378*, cit., 642 App. Milano, 10 ottobre 2006, in *Corr. Merito*, 2007, 301

934 In questo senso GUERRIERI, *sub art. 2378*, cit., 642, per il quale in tal senso deporrebbe l'inciso "ove richiesto"; Salafia; FERRI, *Le impugnazioni di delibere*, 58 s.; SANZO, *sub art. 2378*, cit., 638; Lener, 562

935 SCALA, *Profili processuali*, cit., 291 s.;

eccessivamente rigida allorché, in caso di impugnativa proposta da parte di una pluralità di soci, il numero di azioni venga meno per atto unilaterale di uno solo di essi, senza dare la possibilità ai soci rimanenti di proporre all'interno del medesimo processo domanda di risarcimento del danno.

Si è inoltre rilevato come il “richiesto numero di azioni” possa venir meno non solo “a seguito di trasferimento per atto tra vivi” delle stesse, ma anche per altre ragioni, come ad esempio nel caso per rinuncia agli atti di uno dei soci impugnanti ovvero a seguito di aumento di capitale⁹³⁶. L'osservazione coglie sicuramente nel segno, ma si tratta in realtà del più generale problema di coordinamento tra la *ratio* dell'art. 111 c.p.c. da una parte e gli artt. 2378, 2° comma in riferimento all'art. 2377, 3° comma dall'altra.

In altri termini, può ritenersi che il legislatore abbia voluto riservare la disciplina prevista dall'art. 2378, 2° comma, c.c. ai soli casi in cui il prescritto numero di azioni venga meno per un atto volontario di uno dei soci che hanno impugnato la delibera; dunque, eventualmente, anche in ipotesi di rinuncia agli atti da parte di uno di essi,

Al contrario, laddove la perdita del quorum legittimante all'impugnativa consegua – in ipotesi – ad un aumento di capitale (magari deliberato allo scopo specifico di far saltare l'iniziativa giudiziale intrapresa da una minoranza azionaria) ovvero ad una operazione di *squeeze out* ai sensi dell'art. 111 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58⁹³⁷, è lecito immaginare che potrà trovare applicazione integrale la disciplina dell'art. 111, 1° comma c.p.c., e che la legittimazione della parte attrice debba valutarsi al momento della proposizione della domanda⁹³⁸.

Sembra in ogni caso confermarsi l'impressione – più sopra manifestata – che l'istituto della successione nel diritto controverso subisca nelle impugnative di delibere assembleari una modificazione funzionale, in quanto tenderebbe a tutelare gli interessi della parte alienante, piuttosto che quelli della controparte estranea alla successione.

In ultimo, occorre rilevare come in virtù del richiamo effettuato dall'art. 2479 ter, 4° comma c.c. all'art. 2378 c.c., la disciplina della successione nel diritto controverso troverà integrale applicazione anche in materia di impugnativa di delibere di società a responsabilità limitata⁹³⁹.

936 E' quanto rilevato nel Parere dei componenti del collegio dei docenti del dottorato di ricerca in diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano, pubblicato in *Riv. Soc.*, 2002, 1453 ss., in part. 1483 s. Lo stesso parere vi aggiunge altre ragioni che possono decretare il venir meno del numero di azioni necessario ai sensi dell'art. 2377, 3° comma c.c. come la “delibera di aumento di capitale non sottoscritto in misura sufficiente dagli impugnanti o con esclusione del diritto di opzione o anche in caso di conversione di obbligazioni convertibili (seppure non sottoscritte da un impugnante)”.

937 Si tratta, come ben noto, del diritto di acquisto previsto dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (cd. TUF), ai sensi del quale “l'offerente che venga a detenere a seguito di offerta pubblica totalitaria una partecipazione almeno pari al novantacinque per cento del capitale rappresentato da titoli ha diritto di acquistare i titoli residui entro tre mesi dalla scadenza del termine per l'accettazione dell'offerta, se ha dichiarato nel documento d'offerta l'intenzione di avvalersi di tale diritto. Qualora siano emesse piu' categorie di titoli, il diritto di acquisto puo' essere esercitato soltanto per le categorie di titoli per le quali sia stata raggiunta la soglia del novantacinque per cento”.

938 GUERRIERI, *sub art. 2378, cit.*, 642

939 L'art. 2479 ter c.c. che richiama per le società a responsabilità limitata la disciplina dell'impugnativa di delibere si s.p.a., non richiama espressamente il 3° comma dell'art. 2377 c.c. Dunque non si porrà per le srl alcun problema di coordinamento tra la *ratio* dell'art. 111 c.p.c. e un quorum minimo di partecipazione societaria ai fini dell'impugnativa.

BIBLIOGRAFIA

- ADOLPHSEN, *Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 21 EuGVU trotz fehlender Parteiidentität*, in *Zeitschrift fuer Zivilprozess International*, 1998, 246 ss
- ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, (1941), rist., Torino, Giappichelli, 1999
- ALLARD, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Rouen, 1875
- ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935
- ANDRIOLI, *Recenti indirizzi della giurisprudenza in tema di diritto processuale civile*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1933, I, 319 ss.
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 1^a ed., Napoli, 1941
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3 ed., I, Napoli, 1954
- ANDRIOLI/MICHEL, *Riforma del codice di procedura civile*, in *Ann. Dir. Comp.*, 1946, 204
- ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*, Padova, 1932
- ANGIONI/CONTINI, *La litis contestatio nei giudizi civili*, in *La legge*, 1884, 2, 251.
- ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 10^a ed., Napoli, 1951
- ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980
- ARGIROFFI, *La ripetizione d'indebito. Note critiche*, in *Econ. e cred.*, 1974, 567 ss.
- ARGIROFFI, *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e ripetizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, 697 ss.
- ARNDT, *Die Veräußerung des Streitgegenstandes durch den Kläger mit besonderer Berücksichtigung der Reichs-Civilprozessordnung*, in *Gruchot* 22, 1878
- ASSMANN, § 265, in WIECZOREK/SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung*, Bd. 4, 3. Aufl., 2016, 498 s.
- ASTUTI, *Cessione (storia)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 805 ss
- ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Nvss. Dig.*, IX, Torino, 1963
- ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999
- AUBRY/RAU, *Cours de droit civil français*, 5^o ed., Paris, 1922

- BAEHR, *Zur Zessionslehre*, in *JherJb*, 1875, 351 ss.
- BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6^a ed., Torino, 1962
- BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1965, 11 ss.
- BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS, HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, München, 2011
- BAUMGARTEN, *Der richtige Klaeger im deutschen, franzoesischen und englischen Zivilprozess*, Frankfurt am Main, 2001
- BECKER EBERHARD, *sub § 265, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 1, München, 2008
- BETTERMANN, *Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft*, Hamburg, 1948
- BETTI, *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1926, II, 320 ss.
- BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936
- BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, I, 535 ss.
- BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993
- BIGIAVI, *Risoluzione per inadempimento ed alienazione della cosa litigiosa*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1954, 153 ss.
- BLOMEYER, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, 2. Aufl., Berlin, 1985
- BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958
- BONNIER, *Traité theorique et pratique des preuves em droit civil et criminel*, Paris, 1889
- BOVAL, *Tiers et parties en première instance et en appel*, in CADIET/LORIFERNE, *L'autorité de la chose jugée*, Paris, 2012, 152 ss.
- BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930
- BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989
- BRILL, *Die Relevanztheorie und Irrelevanztheorie!*, Magdeburg, 1930

BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 173 ss.

BUTERA, *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano, 1911

BÜLOW, *Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, 1868

BUELOW, *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894

CADIET/JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8° ed., Paris, 2013

CADIET/NORMAND/MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2° ed., Paris, 2010

CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1939, 22 ss

CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1944

CALAVROS, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritten*, Bielefeld, 1978

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962

CARLE, *Dell'appellazione secondo il codice di procedura civile italiano*, Torino, 1868

CARNACINI, *L'alienazione dell'immobile colpito da pignoramento nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1934, I, 354 ss.,

CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Riv. Dir. Com.*, 1922, 473 ss.

CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936

CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1938

CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2^a ed., Roma, Sefi, 1946

CARNELUTTI, *Recensione a La successione nel diritto controverso di De Marini*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, 70 ss.

- CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997
- CECHELLA, *Sostituzione (dir. Proc. Civ.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1979, 160 ss
- CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Vol. II, tomo 2, Torino, 1980
- CESARINI-SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 671 ss.
- CHAINAIS/FERRAND/GUINCHARD, *Procédure civile*, 33° ed., Paris, 2016
- CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, 3ª ed, s.l., s.n.
- CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1931
- CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993
- CHIOVENDA, *Sulla "perpetuatio jurisdictionis"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 271 ss.,
- CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, 19 ss.,
- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1922
- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, 1965
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, rist. 2ª ed., Napoli, 1957
- COLESANTI, *Trascrizione della domanda e sequestro del bene alienato lite pendente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 226 ss.
- COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977
- CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985
- CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, Utet, 1991
- CONSOLO, *Oggetto del giudizio e principi dispositivo*, I, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1991, 215 ss
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2ª ed., Torino, 2012
- COSTA, *L'intervento coatto*, Padova, 1935

- COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1959
- COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979
- COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1990
- COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910
- CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi della scienza del processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, I, 105 ss
- CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, trad. Ascoli/Cammeo, Milano, 1906
- D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007
- D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016
- DE BOOR, *Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff*, Leipzig, 1941
- DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*⁷, Milano, Giuffrè, 1950
- DEMANTE/COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, Paris, 1865
- DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953
- DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano*, Milano, 1967
- DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, Paris, 1861
- DEMOLOMBE, *Traité des donations*, III, 1865
- DENTI, *Azione, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988
- DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin, 1884
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed., Milano, 2003
- DINSTUEHLER, *Die Prozessuale Wirkungsweise des § 265 ZPO*, in *ZZP*, 1999, 61 ss.
- D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Padova, 1941
- DURANTON, *Cours de droit français*, 1831
- ECCIUS, *Pandekten, I: Allgemeiner Teil und dingliche Rechte*, 2. Aufl, Berlin, 1888
- EKELOEF, *Der Prozessgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz*, *ZZP*, 1972, 145 ss.

- FABBRINI, *L'opposizione ordinaria di terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968
- FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 477
- FARINA, *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 508 ss.
- FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957
- FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1970, 827 ss.,
- FAZZALARI, *La successione nel diritto controverso*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1979, 521 ss.
- FAZZALARI, *Successione nel diritto controverso*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1984 ss.
- FAZZALARI, *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *Dig. Disc. Priv.*, II, Torino, 1988
- FECHT, *Civil-Prozeß-Ordnung des Königreichs Württemberg*, Bd. 2, Stuttgart, 1869
- FERRARI, *Abstraktionsprinzip. Traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento dei beni mobili. Una superabile divaricazione?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 729 ss.
- FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile Scialoja/Branca*, 2^a ed., Roma-Bologna, 1966
- FINAZZI, *La cessione del credito*, in GAROFALO/TALAMANCA, *Trattato delle obbligazioni*, IV.1, Padova, 2008
- FISCHER, *Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, in *Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts*, 1898, 151 ss.
- FITTING, *Der Reichscivilprozess*, 10. Aufl., Berlin, 1900
- FOERSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, 3. Aufl., 1873, 644
- FOERSTER, *Die Civilprozessordnung fuer das deutsche Reich*, I, Gruenberg, 1886
- FOERSTER/ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, 4. Aufl., I, 1880
- FOERSTER/ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*, 6 Aufl., I, Berlin, 1892
- FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino 1996

- FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo, Appendice*, Firenze, 1942
- GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in SACCO, *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1997
- GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942
- GARGIULO, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, II, 2^a ed., Napoli, 1877
- GARSONNET/CÉZAR BRU, *Traité theorique et pratique de procedure civile et commerciale*, III, 2^o ed., Paris
- GATTI, *L'autorità della cosa giudicata civile*, 2^a ed., Roma, 1911
- GAUPP, *Die Civilprozessordnung*, II, Tuebingen, 1880
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 15^a ed., Napoli, 2011
- GEIMER/SCHUETZE, *sub art. 27, Rdnr. 13*, in *Europaeisches Zivilverfahrensrecht*, 2. Aufl., Muenchen, 2004
- GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Koeln, 2005
- GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959
- GERHARDT, *Die systematische Einordnung der Glaebigeranfechtung*, Goettingen, 1969
- GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958
- GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II ed., Firenze, 1888
- GIORGIANI, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1974
- GOENNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Bd. I, Erlangen, 1801
- GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1929
- GONNELLI/MIRABELLI, *Trasporto (dir. Priv.)*, in *Enc dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1154 ss.
- GORLA, *L'atto di disposizione di diritti*, Perugia, 1936
- GRIGOLEIT, *Abstraktion und Willensmaengel – Die Anfechtbarkeit des Verfuegungsgeschaefts*, in *Archiv fuer die civilistische Praxis*, 1999, 379 ss.
- GRIOLET, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle*, Paris, 1868

- GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da "ultra" o da "extrapetizione"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1965, 387 ss
- GRUNSKY, *Die Veraeusseung der streitbefangenen Sache*, Tuebingen, 1968
- GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979
- GULINA, *Contributo allo studio della satisfactio pro praede litis et vindiciarum*, in *Annali del seminario giuridico dell'università degli studi di Palermo*, 2013
- HAHN, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, II, Berlin, 1880
- HARDER, *Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen*, in *Archiv fuer die civilistische Praxis*, 1973, 209 ss.
- HARTTER, *Ueber im Streit befangener Sachen und Rechtsansprüche*, in *Lindes Zeitschrift fuer Civilrecht und Prozess*, 1855, 395 ss.
- HATTENAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung Geschichte und Dogmatik*, Tübingen, 2011
- HAUSMANN, *Art. 10 Rom I-VO*, in STAUDINGER, *Internationales Vertragsrecht*, 2, XIII, Muenchen, 201
- HEINTZMANN, *Die Prozessfuehrungsbefugnis*, Koeln, 1970
- HELLWEG, *Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der deutschen Civilproceß-Ordnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1878, 78 ss.
- HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901
- HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1903
- HELLWIG, *Klagrecht und Klagmoeglichkeit*, Leipzig, 1905
- HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, 2. Aufl., Leipzig, 1910
- HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 2. Aufl., Leipzig, 1912
- HEMLREICH, *Das Selbsthilfeverbot des franzoesischen Rechts und sein Einfluss auf Gestaltungs- und Gestaltungs-klagerecht*, Berlin, 1967
- HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg, 1961
- HENCKEL, *Zur Auslegung des § 265 ZPO*, in *ZZP*, 1969
- HENCKEL, *Stein/Jonas – ein Grosskommentar zur Zivilprozessordnung*, in *Juristen Zeitung*, 1992, 645 ss
- HOFFMANN/THORN, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., Muenchen, 2007

- HUEFFER, *AktienGesetz*, § 245, Muenchen, 2010
- JAEGER, *Diritto processuale civile secondo i nuovi codici*, Torino, 1942
- JAEURNIG, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Frankfurt am Main 1958
- JAUERNIG, *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*, in *Juristische Schulung*, 1994, 721 ss.
- JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 29. Aufl., Muenchen, 2007
- KAUFMANN, *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, in *Juristen Zeitung*, 1964, 482 ss.
- KEGEL/SCHURING, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., Muenchen, 2004
- KELLER, *Ueber die Litis Conestation und Urteil nach classischem Roemischen Recht*, Zuerich, 1927
- KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*⁶, tr. it. a cura di COTTA e TREVES, Milano, 1994
- KLICKA, *Die Veräußerung der streitverfangenen Sache - ein Plädoyer für die Irrelevanztheorie*, in *Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag*, Wien, 2004, 509 ss
- KOCH, *Die Lehre von dem Übergange der Forderungsrechte durch Universal- und Singularsuccession, oder von der Vererbung der Forderungen, von der Cession, Assignment und Novation (Delegation und Expromission)*, Breslau, 1837
- KOCH, *Der Preussische Civil-Prozess*, 2. Aufl., Berlin, 1855
- KOHLER, *Der Dispositionsniessbrauch*, in *Jherings Jahrbuecher*, 1886, 187 ss.
- KOHLER, *Ueber die Sukzession in das Prozessverhaeltnis*, in *ZZP*, 1888, 97 ss.,
- KOHLER, *Gesammelte Beitraege zum Zivilprozess*, Berlin, 1894
- KROLL, *Klage und Einrede nach deutschem Recht*, Berlin, 1884
- LACOMBE, *De l'autorité de la chose jugée, en droit romain et en droit français*, Paris, 1866
- LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 2° ed. Paris, 1904
- LAMMEYER, *Konflikt zwischen Zession und dem vom Zedenten erwirkten Urteil*, Baden-Baden, 2012
- LAROMBIER, *Théorie et pratique des obligations*, 1857

- LASERRA, *Prospettazione ed effettività dell'art. 111 c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1978, 1285 ss.
- LAURENT, *Principes de droit civil*, 1869-1878
- LENT, *Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, 2. Bd., *Die prozessuale Bedeutung der bürgerrechtlichen Gesetzeskonkurrenz*, 1916
- LEO, *Die Wirkung einer Änderung der materiellen Rechtslage während des Zivilprozesses*, Hamburg, 1919
- LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, Paris, 2001
- LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag*, Tübingen, 1975
- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973
- LIPPMANN, *Die Cession rechtsabhängiger Klageansprüche*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1903, 391 ss
- LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983
- LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, 7° ed., Milano, 1979
- LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln/Graz, 1966
- LUISO, *Successione nel processo*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993
- LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2009
- LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, II, Milano, 2002
- LUX, *Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*, München, 1906
- LÜKE, *Die Prozessführungsbefugnis*, in *ZZP*, 1963, 1 ss.
- LÜKE, *Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess*, Tübingen, 1993
- MAGNUS, *Art. 12 Rom I-VO*, in *STAUDINGER, Internationales Vertragsrecht*, 2, XIII, 2016
- MAIORCA, *Azione petitoria*, in *Nvss. Dig.*, II. Torino, 1958
- MANCINI-PISANELLI-SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, IV, Torino, 1857
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2002
- MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8° ed., Paris, 1889

- MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, rist. 5^a ed., Torino, 1931
- MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, IV, rist. 5^a ed., Torino, 1931
- MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, V, rist. 5^a ed., Torino, 1931
- MAYER, *Ueber die rechtlichen Grundsätze von der Litigiosität nach dem Rechte der Civilprozessordnung*, in Gruchot, 1889, 297 ss.
- MEISTER, *Die Veräusserung in Streit befangener Sachen und Abtretung rechtshaengiger Ansprüche nach § 265 ZPO*, Leipzig, 1911
- MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987
- MENGONI, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, I, 300 ss.
- MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949
- MENGONI, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, 360 ss.
- MIGUET, *Immutabilité et evolution du litige*, Paris, 1977
- MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 334
- MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo²*, Torino, 1997
- MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978
- MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, 2^a ed., Napoli, 1965
- MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975
- MORTARA, *Commentario del codice delle leggi di procedura civile*, IV, 3^a ed., Milano
- MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 4^a ed., Milano, 1923
- MOSCATI, *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. Dir.*, XXI, 93 ss.
- MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese restitutorie*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2007, 435 ss.
- MOSCONI/CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, 6^a ed., Torino, 2013
- MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012

- MOZZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli 1960
- MUEHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3. Aufl., Greifswald, 1936
- MURONI, *La successione nella res litigiosa nell'arbitrato rituale interno e con profili di internazionalità: analisi retrospettiva dell'ultimo comma dell'art. 816-quinquies c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2007, 903 ss
- MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte: nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt*, 3. Aufl., Greifswald, 1836
- NATOLI, *Della tutela dei diritti, trascrizione*, in *Commentario del codice civile*, Libro VI, Tomo I, Torino, 1959
- NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 823 ss.
- NELLE, *Anspruch, Titel und Vollstreckung im internationalen Rechtsverkehr*, Tuebingen, 2000
- NIEROBA, *Die europäische Rechtsabhängigkeit der EuGVVO an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Koeln, 2005
- NORDDEUTSCHER BUND, *Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Zivilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes*, (1868-70). *Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Zivilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes: sitzung 1-390*, Berlin, 1868-70
- OLIVECRONA, *L'imperativo della legge*, in *Jus*, 1954, 451 ss.
- ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959
- ORSI, voce *Pretesa*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 359 ss.
- OSTI, *Contratto*, in *Nvss. Dig.*, IV, Torino, 1959, 462 ss.
- OTTO, *Die subjektive Grenzen der Rechtsabhängigkeitssperre im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht*, Berlin, 2007
- PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998
- PARESCHE, voce *Scuola storica del diritto*, in *Nvss. Dig.*, XVI, 823 ss.
- PAVANINI, *Appunti sugli effetti della successione nella pretesa per atto tra vivi durante il processo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1932, II, 137 ss.

- PAVANINI, *Il litisconsorzio nei giudizi divisorii*, Padova, 1948
- PEKELIS, voce *Azione*, in *Nvss. Dig.*, II, Torino, 1958, 29 ss.
- PERROT, *Institutions judiciaires*, 5^a ed., Paris, 1993
- PERSANO, *Il rilievo della litispendenza internazionale nella Convenzione di Bruxelles del 1968: la nozione di 'stesse parti'*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2000, 713 ss.;
- PETERSEN/ANGER/REMELE, *Kommentar der Zivilprozessordnung*, Bd. II, 1, Lahr, 1904
- PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964
- PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968
- PITZ, *Torpedos unter Beschuss*, in *GRURInt*, 2001, 32 ss.
- POLI, *In tema di giudicato e accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. Proc.*, 1999, 583
- POTHIER, *Traité des obligation*, in *Ouvres completes*, II, Paris, 1821
- PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Padova, 1965
- PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968
- PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione, sub art. 111*, in ALLORIO, *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1242 ss
- PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. Proc.*, 1990
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5^a ed., Napoli, 2012
- PROZILLO, *Note sulle azioni in tema di limiti legali della proprietà*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1961, 1526 ss
- PRUETTING, *Sachenrecht*, 34. Aufl, Monaco, 2010
- PUCHTA, *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig, 1851
- PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, I, 4. Aufl., Leipzig 1854
- PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935
- PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1954
- PUGLIESE, voce *Azione (diritto romano)*, in *Nvs. Dig.*, II, Torino, 1958, 24 ss
- PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969 726 ss
- PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 784 ss

- PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1989
- REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957
- REISCHL, *Die objektive Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozess*, Tuebingen, 2002
- REITHMANN/MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, 8. Aufl., 2015
- RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, II, Firenze, 1876
- RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin-Tuebingen, 1949
- ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., Muenchen, 2010
- ROTH, *Abstraktions- und Konsensprinzip und ihre Auswirkung auf die Rechtstellung der Kaufvertragsparteien*, in *ZvglRWiss*, 1993, 371 ss.
- ROTH/KIENINGER, § 398, in *Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, II, 7. Aufl., 2016
- ROTH, *sub* § 265, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 4, Tübingen, 2008
- ROVELLI, *Sui rapporti tra azione di riduzione ed art. 111 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1966, I, 1775
- SATTA, *La rivendita forzata*, Milano, 1933
- SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, I, 32 ss
- SATTA, *Orientamenti della scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, 276 ss.
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966
- SAVIGNY, *System des heutigen roemischen Rechts*, IV, 1841
- SAVIGNY, *System des heutigen roemischen Rechts*, V, Berlin, 1841
- SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin, 1947
- SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 52 ss.
- SCHEELE, *Die res litigiosa nach Preussischem Rechte: Abhandlung*, in *Neues Archiv fuer preussisches Recht und Verfahren, sowie fuer deutsches Privatrecht*, 1848, 533 ss.
- SCHILKEN, *Veraenderung der Passivlegitimation im Zivilprozessrecht*, Koeln, 1987

- SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Koeln-Muenchen-Berlin, 2006
- SCHLOSSER, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966
- SCHMID, *Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses*, II, Kiel, 1843
- SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrecht*, Leipzig, 1900
- SCHOENKE, § 325, II, 2, in STEIN/JONAS, *Zivilprozessordnung*, 17 Aufl.
- SCHROEDER, *Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten*, Heidelberg, 1875
- SCHUBERT, *Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozessordnung fuer die deutschen Bundesstaaten*, Frankfurt am Main, 1985
- SCHUBERT, *Die Civilprozessordnung fuer das Koenigreich Wuerttemberg von 1868*, II, Stockstadt am Main, 1997
- SCHUMAN, *Streitbefangenheit und Rechtsnachfolge als Voraussetzungen der §§ 265 und 266 der Zivilprozessordnung*, Strausburg, 1910
- SCHUMANN/LEIPOLD, § 325, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19. Aufl., 1969, 1378
- SCHUMANN, *sub § 265*, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 3, Tübingen, 1996
- SCHWAB, *Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten*, Tuebingen, 2005
- SCHWEICKERT, *Die subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft franzoesischer Zivilurteile unter vergleichender Heranziehung des deutschen Rechts*, Muenchen, 1967
- SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1917, 1 ss.
- SEATZU, *The meaning of "same parties" in Article 21 of Bruxells Jurisdiction and Judgements Convention*, in *European Law Review*, 1999, 540 ss.
- SEgni, *L'intervento adesivo*, Roma, 1929
- SIMSHAEUSER, *Zur Entwicklung des Verhaeltnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny*, Bielefeld, 1965
- SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, II, *Das Obligationenrecht*, Leipzig 1847
- SPANGENBERG, *Ueber das Verbot der Veraeusserung einer im Prozess befangenen Sache*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1826, 406 ss.
- SPELLENBERG, *Art. 12 Rom I-VO*, in *Muenchner Kommentar*, 5. Aufl., Muenchen, 2010
- STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tuebingen, 1996

- STEGEMANN, *Die Parteien im Prozess*, in ZDZP, 1892 (Bd. 17), 326 ss.
- STOLFI, *Appunti sul cd. principio consensualistico*, in Riv. Dir. Comm., 1977, I, 1 ss.;
- STOLL, in STAUDINGER, *Internationales Sachenrecht*, 13. Bearbeitung, Muenchen, 1996
- STRUCKMANN-KOCH, *Die Civilprozessordnung*, 5. Aufl., Berlin/Leipzig, 1886
- TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- TARELLO, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti e il Progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, Bologna, 1974
- TEMPEL, *Die Wirkungen einer Rechtsnachfolge waehrend der Rechtshaengigkeit auf Verfahren, Urteil und Vollstreckung*, 1954
- THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951
- TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Paris, 1890
- TOMMASEO, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, Milano, 1975
- TOULLIER, *Le droit civil français*, III, Paris, 1824-1828
- TROCKER., *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*, 491
- TUOZZI, *L'autorità della cosa giudicata nel diritto civile e penale*, Torino, 1900
- UNGER, *System des oesterreichischen allgemeinen Privatrecht*, II, 5. Aufl., Leipzig, 1892
- VACCARELLA, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*, in *Trattato della trascrizione*, 2, *La trascrizione delle domande giudiziali*, diretto da GABRIELLI E GAZZONI, Torino, 2014
- VERDE, *Il pignoramento*, Napoli, 1964
- VERDE, *Profili del processo civile*, I, 3^a ed., Bologna, 2012
- VOCINO, *Contributo alla teoria del beneficio d'inventario*, Milano, 1942
- WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885
- WACH, *Die Abtretung rechtshaengiger Ansprueche in ihrem Einfluss auf den Prozess*, in *Gruchot*, 1886, 779

WACH, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, in *Festgabe fuer Windscheid*, Leipzig, 1888

WACH/LABAND, *Zur Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1899

WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, II, Stuttgart, 1842

WÄCHTER, *Pandekten*, I: Allgemeiner Theil, Leipzig, 1880

WEBER, *Sachenrecht*, I, 4. Aufl., Baden-Baden, 2016,

WEIDLICH, *Die Veräußerung des rechtshängigen Anspruchs und der streitbefangenen Sache*, in *Beitraege zur Erlaeuterung des deutschen Rechts*, 1901, 277 ss

WEISMANN, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozess*, I, Stuttgart, 1903

WENDEHORST, *Art. 43 EGBGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2013

WERNECKE, *Die Einheitlichkeit des europaeischen und des nationalen Begriffs vom Streitgegenstand*, Berlin, 2003

WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN, *Sachenrecht*, 8. Aufl., Heidelberg, 2011

WETZELL, *System des ordentlichen Civilprozesses*, 3. Aufl., Leipzig, 1878

WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Trento, 2015

WIECZOREK/SCHUETZE, *Zivilprozessordnung und Nebengesetzte Grosskommentar*, 4. Bd., 4. Aufl., 2017

WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungeltigkeit der Rechtsgeschaeft*, Duesseldorf, 1847

WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856

WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., Düsseldorf, 1862

WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. Aufl., 1. Bd., Düsseldorf, 1870

WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6. Aufl., 1. Bd., Düsseldorf, 1887

WINDSCHEID/MUTHER, *Die Actio des römischen Zivilrechts*, Aalen, 1984

WINDSCHEID/MUTHER, *Polemica intorno all'actio*, Firenze

WISCHERMANN, *Die Rueckabwicklung fehlgeschlagener Grundstueckskaufvertraege*, Saarbruecken, 2000

WUNDERLICH, *Zur Prozessstandschaft im internationalen Recht*, Muenchen, 1970

ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, I, Milano, 1942

ZIMMERMANN, *Ueber das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderung und dessen Umgestaltung im heutigen Rechte*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1852, 431 ss

ZOELLER, *Zivilprozessordnung*, 30. Aufl., Koeln, 2014